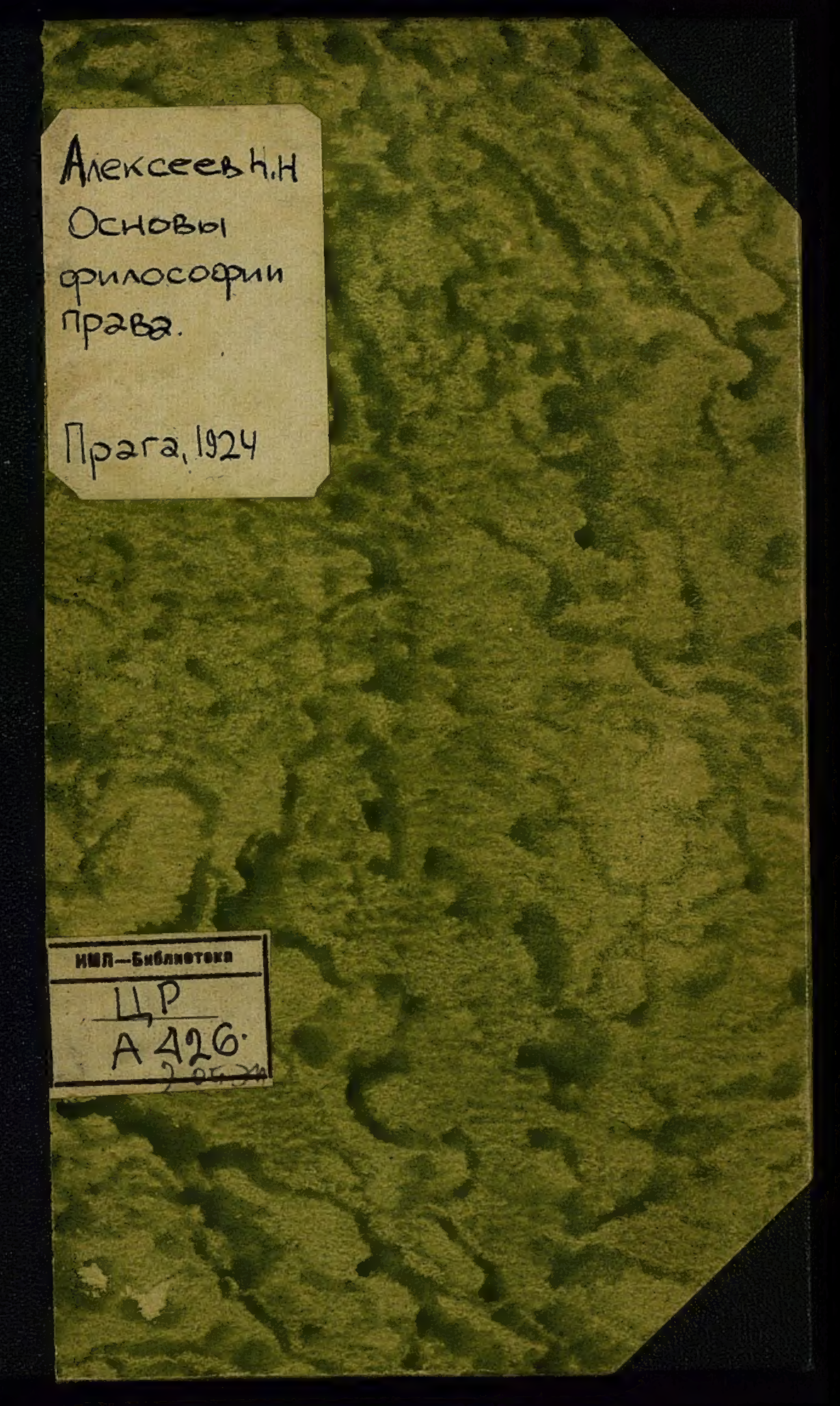

Алексеев Н.Н
Основы
философии
права.
Прага, 1924

Проф. Н. Н. АЛЕКСЕЕВ

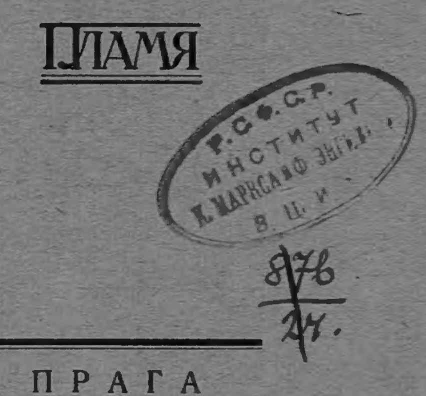
ОСНОВЫ ФИЛОСОФИИ ПРАВА



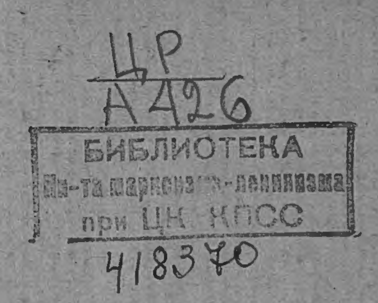
ПРАГА

Проф. Н. Н. АЛЕКСЕЕВ

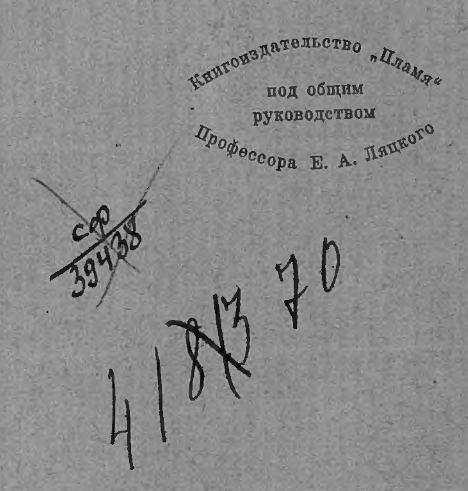
ОСНОВЫ ФИЛОСОФИИ ПРАВА



ПРАГА
1924



Книгоиздательство „Пламя“
под общим
руководством
Профессора Е. А. Ляцкого



Типография Куммер и Ко.
Berlin C. 2, Neue Promenade 6

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая работа является продолжением двух моих ранее вышедших книг, посвященных вопросам общей теории права («Введение в изучение права», Москва 1918, и «Общее учение о праве», Симферополь 1919 г.). Как можно судить по названию книги, она посвящена исключительно философски-правовым проблемам, и это обстоятельство составляет ее особенность, отличающую от предшествующих работ. В этих работах вопросы правовой философии были смешаны с вопросами общей теории права и не выделены из последней в самостоятельный круг проблем. Я не чувствовал еще, когда их писал, смысла и необходимости такого выделения; под знаком его стоит настоящая книга.

В критике уже было указано, что в предшествующих работах моих я замыкал исследование предмета «в кольцо феноменологии». Пожалуй, характеристика эта еще более подойдет к настоящей книге, но все же с некоторыми существенными оговорками. В некотором, отнюдь не школьном смысле, метод мой можно назвать феноменологическим. Книга моя есть результат некоторого ум-

ственного опыта, стремящегося усмотреть и выразуметь внутреннее существо права. Но путь такого опыта указан мне был не только германской феноменологической школой. Я учился итти этим путем, следуя и французу Бергсону и нашему русскому философу Н. О. Лосскому.

Не мне судить, насколько удачно произведен мною этот опыт. Чувствую только, что время, в которое пришлось его делать, менее всего было временем, благоприятствующим внутреннему, спокойному созерцанию. Может быть это обстоятельство послужит извинением за некоторые недостатки книги.

После выхода в свет последнего учебника Штаммлера, я не считал нужным отягчать мою книгу излишними библиографическими указаниями по философии права. Я делаю ссылки на других авторов только тогда, когда мне это непосредственно нужно в целях изложения, отсылая интересующегося литературой читателя к «Lehrbuch» Штаммлера.

В заключение считаю своим долгом выразить мою искреннюю благодарность чешскому народу, братское гостеприимство которого позволило мне возобновить безнадежно прерванную научную работу.

Увалы, под Прагой Чешской, 6-го июля, 1923 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ

I

Задачи философии права

Глава I

Наука о праве и философия права

1. Догма права

II

Правовая структура

Глава II

Рационализм и интуитивизм в философии права

1. Вопрос об определении права

2. Фикционизм в праве

3. Правовые факты

Глава IV

Ценность в праве

I

Задачи философии права

Глава I

НАУКА О ПРАВЕ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

1. Догма права

Существуют различные пути для решения вопросов, связанных с правом и справедливостью, — и из них наиболее распространенным практически и обычным теоретически является путь так называемой юридической догматики. Путь этот привлекает уже прежде всего тем, что является путем опытного знания, строящегося на основе фактов и исключающего, по мнению его сторонников, беспочвенное умозрение и метафизику. Действительно, тѐ познавательные приемы, которые применяет юрист-догматик для решения предстоящих его умственному взору вопросов, могут быть в некотором смысле названы чисто опытными. Юридическая догматика опыт-

на потому, что она имеет дело с определенным, чисто конкретным материалом — с положительным, установленным действующим или действовавшим правом. Каждая положительная система права является единичным, не повторяющимся историческим фактом, имеет целью изучить этот факт и уяснить его особенности. Главная задача заключается здесь, конечно, в описании и классификации. Задача юриста-догматика подобна задаче анатома или задачам ботаника, ставящего себе конкретную цель описания флоры данной страны. Различие заключается только в том, что перед юристом стоят не физические предметы, не мускулы и кости, не растения, а юридические нормы, институты и правоотношения. Описание их заключается в описании их смысла.[1]) Поэтому «научная задача догматика» — как справедливо говорит Лабанд — «сводится к конструкции правовых институтов, к сведению отдельных правовых положений к общим понятиям и, с другой стороны, к выведению вытекающих из этих понятий логических следствий. Это есть, если отвлечься от момента исследования норм действующего права, т. е. от полного опознания предназначенного к обработке материала и овладения им, чисто логическая работа мысли. Для выполнения ее нет другого средства, кроме логики».[2]) В результате логической обработки норм положительного права получается цельная его система. Разрозненный эмпирический материал становится логически продуманным целым, в котором связи установ-

---

[1]) Ср. Н. Н. Алексеев, Общая теория права, Симферополь, 1919, стр. 1 и след.

[2]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Rechts, 1895, Vorwort zur 2. Auflage.

лены, противоречия вскрыты, общие принципы найдены и из них извлечены частные их применения.

Но имеется и еще один, чрезвычайно важный момент, отличающий опытный характер юридической догматики от опытного характера описательного естествознания. Существо его определяется также свойствами изучаемого предмета. Опытный материал, с которым имеет дело юрист, не только является совокупностью обладающих смыслом фактов, но, сверх того, факты эти имеют совершенно особый и чисто условный характр. Скелет, который описывает анатом, дан ему в некотором непосредственном восприятии. Он просто существует, как природная данность, с свойствами которой должен считаться познающий ум. В противоположность этому данность норм положительного права и юридических институтов есть данность известного человеческого установления, принятого при одних условиях и могущего быть измененным и отмененным при других. Данность эта гораздо менее «естественна», менее нюбходима и потому гораздо более лежит в области действия человеческой воли. Поэтому и все наблюдения этой данности имеют всегда очень условный характер. И в условном смысле решаются все вопросы построенной на изучении положительного права юридической теории. Что считается, например, источником положительного права? Или кто может быть суб'ектом права в смысле юридической догматики?. Или что считается семьей, собственностью и т. п.? Строго говоря, все эти вопросы с точки зрения положительного права не могут иметь никакого общего решения. При ответе на них приходится всегда иметь в виду, что в каждом данном случае является принятым и установленным. Сообразно одним установлениям источниками права мо-

гут быть обычай, закон, прецедент; другие установления могут считать источником права судебную практику, мнения юристов, и проч. Одни источники устанавливают, что суб'ектом права являются все люди, другие — считают суб'ектами права только некоторых людей. Известно, что различные источники права весьма расходятся в вопросе о том, когда начинается существование физических лиц, как суб'ектов права и когда оно кончается. Постановления, касающиеся прав зародышей, совместно умерших людей, безвестно отсутствующих и т. п. весьма разнообразны и чисто условны по своему смыслу. Именно, положительное право устанавливает в одном случае одни условные начала для определения различных юридических моментов, в других случаях — другие. Римское право устанавливает одно понятие собственности и семьи, новейшее право значительно меняет эти установления, отдельные черты которых различны у разных современных народов. В этой условности лежит причина затруднительности материальных определений юридических понятий, и здесь коренится так называемый формализм юридической догматики. Материальные определения основных юридических понятий требуют гораздо большего, чем ссылку на простую условность, а юридическая догматика как раз этим «большим» и не обладает, поэтому в ее пределах многие основные вопросы материально и неразрешимы. Так, например, попытка установить материальные различия в пределах вопроса о различных видах об'ективного права поистине подобна проблеме квадратуры круга. Материальные отличия норм частного и норм публичного права или материальные отличия указа и закона почти что неуловимы. Между тем формальное решение

этих вопросов не представляет никаких принципиальных затруднений. То, что данной системой положительного права считается правом публичным и частным, законом и указом, есть вопрос данного условного установления. Последнее может вообще отсутствовать — в таком случае юридической догматике остается только это констатировать. Если же положительное право устанавливает соответствующие различия, задача догматики сводится к установлению их моментов, буде они точно установлены, или же к указанию на некоторые неточности соответствующих установлений. В этом смысле догматика выполняет задачи толкования положительного права, являясь менее связанной, чем толкователь официальный.

Опознание этих особенностей юридической догматики не может не привести юриста к некоторым сомнениям относительно ценности его науки. Не является ли она наукой о «юридическом словоупотреблении», наукой, следовательно, номинальной, словесной? Нельзя отрицать практической ценности этой науки. Раз известное право действует, раз оно нечто устанавливает, нельзя не считаться с этими установлениями в виду чисто жизненных интересов. Но теоретически такое словесное знание не дает никакого ручательства в истине; оно все, так сказать, покоится на отводе. Подлежащее научному определению понятие является уже определенным в положительном праве, и дело идет о познании этого последнего определения, независимо от того, истинно оно или ложно. Но может случиться, что установления положительного права совершенно ложны по своему существу, и познание их будет та-

ким образом просто повторением ложного. Можно возразить, что юридические установления вообще не имеют дела с истинным и ложным. Они просто предписывают нечто, как должное, и таким образом менее всего являются теоретическими истинами. Однако, нельзя отрицать, что установления эти могут быть нелепы, бессмысленны, безнравственны, бесполезны, и при таких свойствах ссылка на них, как на основание, неизбежно ведет к тому, что ссылающийся имеет дело с величинами, чисто отрицательными. Юрист, который сознает эту опасность, не может не почувствовать законного стремления выбраться тем или иным путем из мира номинального знания и попытаться войти в соприкосновение с «истинным об'ектом», если он только вообще может быть отыскан. Вопрос этот не может возникнуть у естествоиспытателя, изучающего подлинную природу. Он может возникнуть у него разве только тогда, когда он занимается догматическим усвоением или историей естественно-научных теорий и за человеческими мнениями может утерять в известный момент истинную данность природы. Наука его в этом случае может превратиться в чисто словесную, — в науку о словоупотреблении, а не о предмете.

С точки зрения изложенных соображений едва ли было бы правильным полагать, что вопрос о праве и справедливости принципиально разрешим в пределах юридической догматики и ее научных методов. Юридическая догматика, конечно, может поставить этот вопрос, — причем всегда в пределах изучения источников какого либо положительного права. Такое исследование должно будет изучить те постановления, которые условно определяют, что такое право и что такое справедливость в смысле принятого в данной системе права словоупотребления. Оно дол-

жно, далее, определить их условно установленные взаимоотношения. Такие исследования практически—весьма плодотворны, но порок условности, неизбежно связанный с ними, побуждает исследователя к исканию каких-то «действительных», «естественных», «существенных» определений права. Дело идет здесь не об искании «конечных причин», не о бесплодных метафизических стремлениях, — дело идет об освобождении от полной юридической беспринципности, от крайнего релятивизма. Дело идет о роковом для понимания права вопросе: достаточен-ли для права формальный критерий «установленности» или же существуют в праве какие-то иные, материальные определения? [1])

2. Юридический социологизм

Наиболее легкий и общедоступный выход из условности юридической догматики дается так называемым социологизмом в науке о праве. Под соци-

---

[1]) Я понимаю здесь «установленность» шире, чем мыслит так называемая государственная теория права. И «установленность» путем договора не решает вопроса о материальных определениях права. На самом деле, если мы признаем, вместе с естественно-правовой теорией, что договор является единственным источником права, следует-ли из этого признания, что правом будет любое содержание, установленное договорным путем, — даже нелепое, безнравственное, вредное? Или же только определенные по содержанию договоры будут правом? Государственная теория является одним из видов теории правового установления, — и для нее встает тот же самый вопрос: является-ли правом любое государственное установление, раз оно установлено, или же только некоторые материально определенные волеизлияния государства следует признать правом?

ологизмом мы разумеем тот род эмпирического знания, который не ограничивается простым описанием и систематизацией исторически - установленных форм права, но стремится также к постижению их общественных функций. Можно сказать, что юридический социологизм отличается от юридической догматики так же, как физиология отличается от анатомии. Анатомия и догматика изучают структуру, физиология и социология — функции. «Могут быть институты различного анатомического строения с одинаковыми или сходными функциями... Наоборот, строение может быть сходным или в одном и том же институте остаться по существу тем же, а функции могут очень расходиться».[1]) Познание функций права достигается путем уяснения тех конкретных причин, которые породили данные юридические институты, следовательно, путем уяснения связи юридических институтов с реальной жизнью общества, с его потребностями и нуждами. Результатом такого изучения является взгляд на право, как на исторически сложившийся продукт социальной жизни. Для социологии право не является уже внешним собранием произвольных установлений, которые обязаны своим происхождением размышлению законодателя или же порождены инстинктивным, молчаливым согласием всех. За искусственной установленностью положительного права социолог открывает некоторую социальную необходимость. Постижение этой необходимости приводит к познанию некоторой истинной реальности права, которая есть

---

[1]) Ср. R. v. Ihering, Geist des römischen Rechts, 2. Aufl., 1866, § 3.

ничто иное, как реальность социальной жизни.[1]) Раз реальность эта установлена, наука о праве теряет свою условность, перестает быть наукой о юридическом словоупотреблении, наукой номинальной. Она достигает, наконец, истинного соприкосновения с реальным предметом знания, становится наукой о действительных фактах.

Совершенно ясно, что с точки зрения социологизма проблема права получает совершенно новое освещение. Дело идет здесь не об изучении условных установлений в пределах известного исторического правопорядка; дело идет о познании самих фактических основ права. С точки зрения социологизма всякое право не может не основываться на некотором социальном или жизненном отношении, составляющем базу, на которой покоится правовая надстройка. Можно спорить о существе этой

---

[1]) Таково «общее социологическое учение о праве», как его пытается строить J. Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, 1920, S. 6: „Die allgemeine Rechtslehre muss, um nicht irre zu gehen, von den subjektiven Begriffsbildungen und Definitionen, die in irgend einer besonderen Rechtsordnung, sei es seitens der Gesetzgebung, sei es seitens der Jurisprudenz, stattfinden, absehen. Wollte sie Erkenntnisse nicht unmittelbar aus den sozialen Vorgängen schöpfen, sondern aus Begriffen und Urteilen, die von irgendwelchen einem besonderen Rechtsgebiete angehörenden Personen aufgestellt und formuliert wurden, ableiten, so würde sie ebenso fehlgehen, wie jede Jurisprudenz notwendigerweise entgleist, welche ihre praktischen Unterweisungen aus irgendwelchen von den Rechtsquellen ihres Gebietes nicht rezipierten Begriffen schöpfen will...“ В соответствии с сказанным Корнфельд считает задачей «общей социологической теории права» показать, „dass jedes einzelne positive Recht, seine Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse in der Wirklichkeit gegebene Exemplare allgemein giltiger soziologischer Erfahrungsbegriffe sind..“ (S. 65).

базы и о сущности отношения ее к праву, но нельзя с точки зрения социологизма отрицать, что право является одной из функций общественной жизни и что оно обладает социально обусловленным характером.

Мы вполне признаем, что в направлении отыскания социальных основ права современным социологизмом сделано много бесспорных завоеваний. Однако, для правильной оценки их научного значения следует строго различать социологизм, как историко-эмпирический метод, от социологизма, как философии. Что между социальной жизнью и правом имеется некоторая связь и что право выполняет некоторые социальные функции — это есть неоспоримый факт, вскрытый в его различных проявлениях современной социологией. Но констатирование этого факта отнюдь не равносильно утверждению исключительно социальной природы права. Пусть право выполняет некоторую социальную функцию, значит ли это что в праве нет ничего иного, кроме социальной функции? Социологизм, как эмпирический метод, вовсе не заинтересован делать подобные широкие заключения. Для него вполне достаточно констатировать некоторую конкретную фактическую связь между явлениями, предоставив обобщения философам. Для социологизма, как философии, имеет совершенно второстепенный интерес установление какого либо частного отношения между юридическими институтами и социальной жизнью. Для него важно провозгласить в общей форме истину, что всякое право вообще есть только социальное явление и больше ничего. Причем истина эта вовсе и не обосновывается опытным путем, напротив, она выставляется, как умозрительная гипотеза, которая защищается различными умозрительными сообра-

жениями.[1]) И насколько социологизм, как эмпирический метод исследования конкретных явлений, требует полного научного признания, настолько социологизм, как философская гипотеза, возбуждает ряд сомнений и возражений. Самое существенное из них вытекает из рассмотрения природы и свойств самого социологического метода. Социология есть наука о конкретных, временных явлениях и их связях. Факты, изучаемые социологией, суть временные факты. Подобным же чисто фактическим характером обладают и законосообразности, социологией открываемые. Что означает с этой основной для социологии точки зрения провозглашаемая ею истина: «право есть явление социальное»? При некоторой методологической точности нетрудно установить что утверждение это может означать только следующее: изучение различных, известных нам конкретно-эмпирических и исторических явлений убеждает, что между действительно существующим правом и реальными общественными отношениями наблюда-

---

1) Очень ясно формулировано это в вышецитированном сочинении Корнфельда, S. 4. „Jurisprudenz hat es somit nicht mit den überall gleichbleibenden begrifflichen Wesenheiten des Rechtes und seiner Bestandteile, sondern mit einer oder der anderen stofflichen Ausgestaltung eines besonderen Rechtes zu tun... Der allgemeinen Rechtslehre hingegen erscheint jede einzelne historisch gegebene Rechtsordnung in ihrer Gänze als Exemplar einer allgemeinen Vorstellung vom positiven Rechte überhaupt, und alle besonderen, in welcher Rechtsordnung immer vorkommenden Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse als Specialisierungen allgemeiner, das ist für alle menschlichen Erfahrungen giltiger Begriffe". Но, разумеется, эти всеобщие понятия всякого юридического опыта не могут быть установлены посредством тогоже самого опыта. Установление и нахождение их есть чисто умозрительная задача.

ется некоторая связь. Но эта неоспоримая мысль у философствующих социологов претерпевает некоторую метаморфозу. Юридический социологизм, как научный метод, превращается в философию путем поднятия вывода, утверждающего простую опытную связь между правом и обществом, на степень истины, утверждающей, что в связи этой обнаруживается какая то высшая логическая необходимость. Философствующие социологи склонны утверждать, что связь между правом и обществом есть связь эйдетическая, что право *нельзя мыслить* без общества, что сущность права определяется его социальной природой. Признаки подобного превращения фактических отношений в эйдетические таковы: отправной точкой изучения являются уже не конкретные факты общественных отношений и правоотношений, но общество «вообще» и право «вообще», — другими словами, идея общества и идея права; связи, которые устанавливаются между правом «вообще» и обществом «вообще», суть связи идеально необходимые, констатируемые с самоочевидной ясностью, не путем наблюдения отдельных случаев, но опираясь на бесконечное количество случаев, на все возможные случаи вообще; истины, которые при этом утверждаются, только по видимости свой являются истинами фактическими, по существу же их нельзя не признать истинами идеальными.[1]) Само собою ра-

---

[1]) Кроме предшествующих цитат для иллюстрации названной метаморфозы может служить еще и следующая: „Ebenso wie ein bisher etwa als Unicum in der Natur beobachtetes Ding oder Verhältnis von der Naturwissenschaft sub specie generis zu beurteilen ist, muss auch die allgemeine Wissenschaft von Rechte in jeder, wenn auch vereinzelten, Rechtserscheinung eine Verwirklichung eines *generellen Vorstellungsobjektes*, das in *unabsehbahrer*

зумеется, что подобная метаморфоза никаким образом не может быть оправдана. Социологизм отнюдь не правомочен переходить область конкретно-эмпирического и превращаться в учение об идее права и идее общества.

Иными словами, вопрос о праве и справедливости в пределах социологического рассмотрения освобождается от условностей юридического догматизма, но не может быть решен во всей его полноте, если только под социологией разуметь род конкретно-эмпирического знания, которому недоступно постижение всеобщих связей и отношений.

Но, помимо этих методологических затруднений, существуют и другие трудности, на которые неизбежно наталкивается социологизм, как философско-правовая гипотеза. Повторяем, эмпирически существует несомненная связь между правом и обществом, но уполномачивает-ли признание этой истины к тому, чтобы поставить знак равенства между правом и той социальной основой, на которой оно возникает? Существует, например, несомненная связь между обществом и явлениями человеческой речи. В этом смысле можно и язык назвать социальным явлением, полагая, что общество составляет некоторую реальную почву для образования языка, что

Zahl wiederkehren kann, erblicken" (S. 4). В общей социологической теории права „handelt es sich um Erklärung der rechtlichen Erscheinungen im Sinne ihrer Einreihung in die gesamte Erfahrungswelt, um logische Einordnungen des Wissens vom Rechte in das menschliche Gesamtwissen"... (S. 11—12). Едва-ли можно лучше выразить превращение опытной науки, социологии, в философию права с ее особыми, превосходящими эмпирию задачами. Насколько стремления эти вообще присущи «общей теории права» ср. мою книгу «Общее учение о праве», стр. 25 и сл.

язык есть одно из средств общения. Но эти заключения отнюдь не противоречат признанию того, что в явлениях речи обнаруживаются некоторые чрезвычайно существенные и отнюдь не социальные функции,—как, например, функции логические. С означенной стороны язык вовсе не есть только социальная функция, но скорее одно из символических средств закрепления и формулирования мысли. Подобным же образом и право, выростая на почве общественных отношений, может и не сливаться по своему существу с общественными явлениями, может обладать своей собственной, вовсе не социальной природой. Возможность такого соотношения между правом и обществом становится вероятной, коль скоро мы примем во внимание следующее весьма важное соображение: утверждение, что право фактически невозможно без общества, — весьма правдоподобно, но оно становится очень сомнительным, если попытаться его перевернуть, утверждая, что общество невозможно без права[1]). Истину эту едва ли можно доказать фактическим путем, а только этот путь и доступен социологии. Сказанное показывает, что реальная связь между правом и обществом — односторонняя, а не взаимная, что никакой строгой естественной необходимости эта связь не обнаруживает. На почве общества может выросги право, как на земле может выросги растение, — но оно может и не выросги. Выросшее же растение, конечно, не сходно с землей, из которой оно выросло.

Впрочем возможность того, что право, выполняя определенную социальную функцию, может обладать

---

[1]) См. об этом ниже, последняя глава.

и своим собственным, особым содержанием, — не отрицается даже крайними представителями социологизма[1]). Но спрашивается, каково-же это особое «содержание», свойственное праву? Суть-ли это условные связи человеческих установлений, или же стихия особого логического смысла с его особыми законами и отношениями? Иными словами, перед социологизмом встает та-же проблема, какая стояла и перед юридической догмой. Нельзя решить ее новыми ссылками на «социальную базу», на которой вырастают правовые «надстройки», нужно искать какой-то совершенно новый выход, оставляющий за собой одинаково и юридическую догматику и правовой социологизм.

3. Естественное право

Другой, — старый и традиционный, — выход из условности чистого юридизма указывается теорией так называемого естественного права. Понятие: «естественное право» родились по противопоставлению с правом положительным, установленным, явившимся в результате человеческого изобретения; оно

---

[1]) Ср., напр., Д. Магеровский, Советское право и методы его изучения, «Советское Право», № 1, 1922, стр. 28: «Не установив логического содержания норм действующего права, мы не в состоянии подойти и к анализу тех социальных отношений, которые регулируются правом, ибо мы не будем иметь критерия для отличия социальных отношений, нормируемых правом, от социальных отношений, правом не нормируемых, и таким образом у нас не будет отправной точки зрения для намечения предмета изучения». Однако, этот «намечивающий» предмет изучения метод автор считает методом воспомогательным, имеющим только техническое значение.

является символом всего в правовом смысле истинного, независящего от случая и произвола, соответствующего вечным законам справедливости. В основе учения об естественном праве, в качестве его всем понятной психологической предпосылки, лежит элементарно простая, но в то же время научно чрезвычайно неясная мысль: всему произвольно установленному противостоит непроизвольное, неустановленное, само по себе и необходимо существующее; образцом таких свойств является природа; следовательно, неустановленное право есть право природное или естественное. Соблазнительность таких рассуждений настолько велика, что ей поддавались не только донаучное мышление, но и научно дисциплинированные умы. Причем в первоначальном донаучном мышлении идея природы выступала в роли простого наглядного символа [1]), в философской же и научной формулировке ей придавались различные и нередко противоположные значения, — обстоятельство, служившее поводом к образованию различных типов учений естественного права. Общим для всех них являются определения «вечности» «постоянства» и «всеобщего распространения», которые приписываются естественному праву в отличие от положительного. Несомненно, характеристики эти были почерпнуты из первоначальных донаучных воззрений на природу, которая «всегда» и «везде» существует. Следует заметить, что, именно, эта попытка определить отличие естественного права от положительного права при помощи временных и пространственных признаков является ахиллесовой пя-

---

[1]) Как это было, например, во взглядах на естественное право древнейших греческих философов и поэтов. Ср. П. И. Новгородцев, Политические идеалы, вып. I.

той естественно-правовых учений, их основным и первородным грехом. Но других определений не знает природа, и если они и проникают в учения естественного права, то только незакономерно. В частности, можно насчитать следующие четыре основных типа в учениях об естественном праве, причем некоторые из них в свою очередь распадаются на несколько несамостоятельных подвидов.

1) Наиболее элементарное истолкование понятия о природе мы находим в тех естественно-правовых учениях, которые основу естественного права усматривают в различных, чисто естественных отношениях и связях, наблюдаемых в общественой жизни не только людей, но и животных. Подобное истолкование мы находим в учении об естественном праве римских юристов, — и в частности в известном определении естественного права Ульпиана: естественное право есть такое право, которому научила природа не только людей, но и других существ; к числу построенных на естественном праве отношений принадлежит связь между существами мужского и женского пола, именуемая браком, забота о детях, об их воспитании и т. д. Более узким характером обладает, по мнению Ульпиана, право международное (jus gentium): оно обще не всем живым существам вообще, но только людям. Еще более узким характером обладает jus civile, как положительно установленное право данного государства [1]). Один из позднейших пред-

---

[1]) „Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri. Jus gentium est, quo gentes

ставителей названного воззрения, Исидор Севильский, учил, что естественное право охватывает только человеческие отношения и есть проявление особого естественного инстинкта, а не человеческое установление[1]). В таком толковании понятие естественного права охватывает те явления, которые своей реальной основой имеют различные, наиболее общие, примитивные, «естественные» отношения между людьми. Оно совпадает, собственно говоря, с наиболее древними и с наиболее распространенными историческими институтами[2]). Воззрение это не может установить какого либо принципиального различия между положительным правом и естественным. Различие между ними — в степени, а не по существу. Естественное право есть то, которое

---

humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.." „Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus." Digesta Justiniani Augusti, recognovit Th. Mommsen vol. I, p. 1—2.

[1]) S. Isidori Hispalensis, Etymologiarum, Lib. V, cap. IV, § 1 (ed. Migne, Patrologia latina, v. 82). „Jus naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et feminae conjunctio, liberorum susceptio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quae in coelo, terra marique capiuntur."

[2]) R. W. Carlyle and A. J. Carlyle, A History of Mediaeval Political Theory in the West, vol. I, p. 43: „The impression which these passages leave upon us is this: that the writers have present to their minds some primitive circumstances, some primeval or natural institutions of the human race, as distinguished from even the oldest and most universal describes the jus naturale as that which is held „instinctu naturae, non constitutione aliqua..."

наиболее тесно связано с естественными условиями человеческой жизни, следовательно, в отличие от положительного, наименее надуманно и искусственно. Мы имеем здесь дело с таким взглядом на естественное право, который с особой отчетливостью был развит некоторым представителями современного социологизма, стремящимися построить учение о естественном праве «совершенно эмпирически и ралистически, вывести его из самих фактов общественной жизни». Естественное право сводится, как говорит один из представителей этого взгляда, к элементарному правоощущению, проявляющемуся везде, где юрист ссылается не на установленный правопорядок, а на потребности оборота, на интерес, на природу вещей, на целесообразность, разум, верность, доверие и справедливость; основой своей оно имеет *первоначальный естественный инстинкт*, например, инстинкт семейный, таящийся в самой природе и не установленный каким либо договором или соглашением[1]). Учение о естественном праве в названном толковании является, в сущности говоря, *учением о реалиях права, — о жизненных и социальных отношениях, составляющих предмет правового регулирования*. По теоретическому существу своему учение это совершенно совпадает с познанием социальных функций права. Оно дает, как мы видели, некоторый выход из условностей юридической догматики, однако не может решить проблему права по существу[2])

2. Согласно другому, более глубокому толкованию, понятие природы принимается в буквальном,

[1]) Ср. E. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts. 1912, S. 43, 55.
[2]) Ср. выше.

строгом, естественно-научном смысле этого слова. В таком случае учение о естественном праве приобретает чисто натуралистический уклон и отожествляется с социальной физикой. Естественное право в об'ективном смысле этого слова превращается в сумму естественных законов в смысле точного естествознания; естественное суб'ективное право становится проявлением естественных сил. Наиболее крайние направления подобного естественно-правового натурализма стремятся истолковать правовые явления, как явления чисто механические, как род социального движения и его математически определяемых законов. В этих толкованиях впервые находит свое философское обоснование идея «вечности» и «всеобщности» естественно-правовых законов, как подлинных законов природы. Подобные чисто натуралистические теории естественного права в настоящее время довольно хорошо изучены, и вместо их подробной характеристики здесь можно сослаться только на соответствующую литературу.[1] Одно только следует здесь подчеркнуть: если в праве и есть нечто неустановленное и безусловное, то категории природы всего менее подходят для его определения. С одной стороны, природа в научном смысле этого слова вообще ничего не знает о праве, с другой стороны, вечные нормы естественного права, всегда и везде существующие, принадлежат к области чистых вымыслов. И, наконец, если бы даже право и могло приобрести форму чисто природного существования, т. е. стало бы неизменным и вечным, подобно законам

---

[1]) Е. Н. Спекторский, Идея социальной физики т. I—II. Н. Н. Алексеев, Науки естественные и общественные в историческом взаимоотношении их методов. Москва, 1911. Ф. В. Тарановский, Энциклопедия права, 1923, стр. 162.

природы, что оно от этого выиграло бы? Естественно-правовая норма, как вечный закон природы, утрачивает всякий характер права. Если она действует с неизбежностью физического закона, то теряет смысл называть ее справедливой или несправедливой. Если же она действует, как некоторая естественная тенденция, то в чем же ее преимущество сравнительно с условными нормами положительного права? Ведь и они действуют как некоторые тенденции, разница только разве в большей устойчивости и относительно большем постоянстве. Другими словами, следует ли предположить, что норма положительного права, войдя в естественную привычку и ставши до известной степени автоматической, тем самым превращается в норму права естественного? С точки зрения чистого натурализма вывод этот неизбежен, т. к. натурализму неизвестны никакие другие определения, кроме устойчивости и постоянства. Если же дело идет о каких то других определениях, то их, повидимому, следует искать в области сверх-природных, метафизических отношений. Право, ими характеризуемое, будет с точки зрения природы уже не естественным, а прямо сверх-естественным.

3. Третье толкование сближает естественное право с правом божественным, установленным верховным существом, как высший закон. Признак «естественности» равносилен здесь утверждению особого метафизического существа права. Исторически названное толкование с полной ясностью было высказано стоиками, влияние которых нашло отклик и у римских юристов. [1]) Позднее оно было воспринято

[1]) См. об этом вышецитированное сочинение R.W. and A. J. Carlyle.

отцами церкви и обосновано в схоластических учениях об естественном праве. Причем в схаластике мы ясно нащупываем два различных направления при истолковании понятия естественного права. Наиболее ярким представителем одного из них является Фома Аквинский, другого — Дунс Скот. В систематических интересах следует начать со второго, а потом уже перейти к первому. Дунс Скот учил, что источником права является божественное могущество. Существуют два рода могущества — могущество упорядоченное (связанное) и безусловное (свободное).[1] Принципом первого является действие сообразно закону и порядку, этим законом положенному; второе же не связано никаким законом и, следовательно, вправе поступать против закона. Этими двумя видами могущества обладает не только Бог, но и любое свободное существо. Но закон и справедливость находятся в руках Божьих, так что нет ничего справедливого, что не было бы им установлено. Оттого Бог может поступать справедливо, действуя иначе, чем предписывает установленный им закон. Бог в силах в любой момент установить другой закон, который будет также обладать качествами справедливости. Напротив того, не в руках человека лежит тот закон, сообразно с которым ему надлежит поступать. Оттого, действуя вопреки закону, человек всегда поступает не надлежащим образом. Все, подчиненные Божественному закону, поступают несправедливо, если с ним не сообразуются. Дунс Скот иллюстрирует свои мысли следующими примерами, напоминающими небезызвестные теории современ-

---

[1]) „Potentia ordinata“ и „potentia absoluta“. См. Duns Scoti, Opera, editio nova, Parisiis, 1893, T. 10: „Quaestiones in Primum Librum Sententiarum, Lib. I, Dist. 34, p. 714.

ных государствоведов. «Все это можно пояснить» говорит он — «на примере князя, его подданных и положительного права».[1]) Юристы различают два рода поведения — фактическое, исходящее из безусловного и неограниченного могущества, и юридическое, т. е. упорядоченное правом. Воля Бога действует фактически, как воля суверенного государства, так что все, истекающее из этой воли, и является правом. Богу нет нужды связывать самого себя правом, т. к. всякое право, всякая обязанность получают смысл от его установления. Но подданые должны поступать собразно установленному праву, так как у них нет способности устанавливать справедливое и несправедливое.[2])

Особенность изложенного воззрения заключается в том, что ему чужда мысль об особой природе божественного логоса, содержащейся в идее права. В том, что установлено Богом, нет особого существа, особой внутренней жизни, нет идеи. По существу своему правовой логос не отличается от условных установлений положительного права. Нужно отдать полный отчет во всех последствиях этой точки зрения: ни в коем случае она не может вывести нас из условности юридчских установлений, наоборот, она придает этой условности особый метафизический смысл. В конце концов в праве все условно. В

---

[1]) Ibid., p. 745.

[2]) „Ideo dicunt Juristae, quod quis potest hoc facere de facto, hoc est, de potentia sua absoluta, vel de jure, hoc est, de potentia ordinata secundum jura.“ Ibid., p. 714. Комментатор при этом прибавляет: „Dicit Doctor, quod illud, quod dicimus de potentia absoluta, Juristae dicunt de facto; et quod dicimus de potentia ordinata, ipsi dicunt de jure. Id enim possumus, quod de jure possumus.“ Commentarius, 2, C., p. 747.

праве нет и не может быть никаких эйдетических элементов. [1])

Противоположный взгляд на естественное право был обоснован Фомой Аквинским. Для него всякий закон и всякое право также имеют божественное происхождение. Однако, он связывает идею закона не с волей, а с разумом. [2]) Учение о логосе или об идее права является центральной точкой философско-правовых воззрении Фомы Аквинского. Подобно тому, говорит он, как у всякого художника предсуществует идея того, что является продуктом его искусства, подобно этому и у всякого правителя должна предсуществовать идея порядка, сообразно с которым надлежит поступать подвластным. Эта предсуществующая идея именуется планом или образцом вещей, когда дело идет о творческих актах; она

---

[1]) „La justice, la loi, c'est ce qui plaît à Dieu"—так можно характеризовать эту точку зрения, пользуясь словами Ch. Jourdain, La philosophie de S. Thomas d'Aquin, t. II. Paris 1858, p. 103. Иными словами, это есть учение последовательного правового номинализма, которому противостоит правовой реализм Фомы Аквинского. „Saint Thomas" — как говорит названный автор, — s'était élevé avec toute l'énergie de la conviction la plus sincère contre les systèmes qui font dépendre de la volonté arbitraire de Dieu la création et l'ordre du monde. Cette opinion justement repoussée par le docteur Angélique, Duns Scot la renouvelle hardiment, et il la transporte d'abord dans la morale, sur le terrain même où elle offense le plus la raison"...

[2]) Thomae Aquinatis, Summa theologica, Coloniae 1639, Primae secundae partis vol. I, Qu. XC, Art. I: „Lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur... ...Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est principium primum actuum humanorum". У Фомы само понятие воли значительно совпадает с разумом. Ср. Ibid. Qu. XCIII, Art. IV.

именуется законом, когда дело идет об актах управления. Таков предвечный закон — lex aeterna, — как идея божественной премудрости, предназначенная для управления всеми действиями и движениями [1]). Предвечный закон не может быть познан во всей его полноте человеком. Мы, люди, познаем только его излучение [2]). То, что называют естественным законом, есть ничто иное, как отпечаток предвечного закона в человеке [3]). Все существа несут на себе этот отпечаток, но различным образом. Отпечаток вечного закона на человеке глубже и явственнее, чем на других существах природы — и оттого человек причастен к предвечному закону не внешним, но внутренним образом. Он не только упра-

---

[1]) Ibid., Qu. XCIII, Art. 1. „Respondeo dicendum, quod sicut in quolibet artifice praeexistit ratio eorum, quae constituuntur per artem: ita etiam in quolibet gubernante oportet, quod praeexistat ratio ordinis eorum, quae agenda sunt per eos, qui gubernationi subduntur. Et sicut ratio rerum fiendarum per artem vocatur ars vel exemplar rerum artificiatarum, ita etiam ratio gubernantis actus subditorum rationem legis obtinet... Deus autem per suam sapientiam conditor est universarum rerum, ad quos comparatur, sicut artifex et artificiata... Est etiam gubernator omnium actuum et motionum, quae inveniuntur in singulis creaturis... Unde sicut ratio divinae sapientiae, in quantum per eam cuncta sunt creata, rationem habet artis, vel exemplaris, vel ideae: ita ratio divinae sapientiae moventis omnia ad debitum finem, obtinet rationem legis. Et secundum hoc lex aeterna nihil aliud est, quam ratio divinae sapientae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum“...

[2]) Ibid., Art. 2.

[3]) Ibid., Qu. XCI, Art. 2: „Participatio legis aeternae in rationali creatura“.

вляется, но и сам управляет, сам предвидит свою судьбу [1]).

Естественное право, как часть божественного логоса, как одна из идей — такое воззрение способно лучше, чем все другие, обосновать метафизическую природу права. Если существует такая идея права, в ней как раз мы и достигаем выхода из условности правовых установлений. Как совершенно справедливо заметил один из новых философов права, — ссылаясь на Лейбница, унаследовавшего свои воззрения из схоластической философии, — «право есть предвечная истина, основание свое имеющая не в воле и не в рассудке, но в существе Бога, поскольку сам Бог есть то, что он познает». «Право есть предвечная истина в том смысле, в каком предвечные истины находят свое выражение в математических суждениях... Существует Бог, существует, следовательно, и право, как всеобщее и необходимое определение его мира, черпающее жизнь в Боге и проистекающее из него». «Если право есть вечная истина и если оно существует необходимо, то оно не может последнее основание свое иметь в воле. Будь это последнее основание только в воле, всякое право было бы лишь случайной истиной, состоящей из произвольных постановлений и предположений; оно не

---

[1]) Ibid. „Ad tertium dicendum, quod etiam animalia irrationalia participant rationem aeternam suo modo, sicut et rationalis creatura. Sed quia rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter: ideo participatio legis aeternae in creatura rationali proprie lex vocatur: nam lex est aliquid rationis... In creatura autem irrationali non participatur rationaliter: unde non potest dici lex nisi per similitudinem"...

имело бы в таком случае в себе никакой связующей силы» [1]).

4) Наконец, четвертое и последнее истолкование естественного права выводит нас, в сущности говоря, из естественных правовых теорий в тесном смысле этого слова. Мы говорим о так называемой этической теории естественного права, особенно ставшей популярной со времен Канта. С точки зрения кантианства естественное право есть «должное» право, — не запечатленный закон, но правовой идеал. Естественное право не есть jus constitutum, но jus constituendum. Осуществление его на земле последствием своим будет иметь введение в жизнь совершенного порядка. Изучение смысла, заложенного в идее «должного», приводит к полному противопоставлению должного сущему, особенно в смысле природного бытия. А оттого к миру должного нельзя прилагать и определения сущего; и, строго говоря, «должное право» нельзя именовать «естественным». Хотя сам Кант пользовался термином «естественное право», однако, начиная с него, термин этот начинает выходить из употребления. Философы начинают говорить уже не об естественном праве, а о праве разума и создают понятие новой науки — философии права [2]).

---

[1]) Fr. Harms, Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie, 1889. S. 76—77. Гармс был одним из немногих, пожалуй, единственным из неокантианцев, который поднял критическую философию права до учения о логосе.

[2]) И тем не менее термин «естественное право» находит отклики в разнообразных философско-правовых сочинениях XIX века, характеристику которых можно найти в известном сочинении Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892. Так называемое «возрождение естественного права» в конце XIX и начале XX столетия шло преи-

Основным недостатком этой философии «должного» является отрыв ее от метафизики и религии. В истории философии учение Канта представляет собою одну из последних попыток построения чисто научной и светской этики, — задача, которая, как мы думаем, является ошибочной и невыполнимой. В этом смысле философия Канта есть завершение некоторых коренных заблуждений эпохи возрождения и реформации, и в то же время она является началом новой философской эпохи. В круге проблем, поставленных критической философией, были выработаны понятия, оказавшие глубокое влияние на старое учение о логосе и впервые определившие для эйдетических изысканий особую предметную сферу [1]. Можно сказать, что в после-

---

имущественно под знаком этического и кантианского понимания естественно-правовой доктрины.

[1]) Нельзя не указать на то, что некоторая непрерываемая нить соединяла старые воззрения на природу Логоса с новейшими идеями, выросшими на почве критического идеализма. Нить эту легко нащупать в учениях западной христианской философии, влияние которой на судьбы неокантианской школы неправильно было бы излишне преуменьшать. В частности два самостоятельных христианских мыслителя XIX века олицетворяли в себе старый схоластический спор о природе логоса: Больцано с его учением об особой природе логического и Брентано с его склонностью усматривать в логическом условное и даже фиктивное. Под влиянием первого родилось новейшее учение об идеях, как оно развивается в современной феноменологии, у Гуссерля и его школы. Влияния второго, создавшего целую школу философов (Marthy, Kraus) непосредственно сливаются ныне с фикционизмом и прагматизмом, возникшим на почве неокантианской школы. Ср. в особенности Kraus, который начал отмечать свою близость к философии Vaiginger'a и стал сотрудником созываемых этим последним философских конгрессов, а также участником журнала „Annalen der Philosophie“.

кантовской философии учение о логосе впервые нашло свой истинный предмет. И особенно здесь нужно обратить внимание на проблему «значимости» или проблему эйдетического смысла, ставшую одной из центральных проблем послекантовской философии. Повидимому, в этой проблеме впервые было достигнуто принципиальное преодоление естественного права при полном признании недостаточности юридического позитивизма [1]). Те новые определения, которые были открыты в учении о «значимости», дали возможность существо юридического логоса освободить от свойств «естественности», «вечности», «всеобщего распространения», — словом, от всех остатков натурализма, сохранившихся даже в наименее натуралистических учениях естественного права [2]). Выход из условности положительно-правовых установлений должен быть найден не в уче-

---

[1]) Из немногочисленной относящейся сюда литературы нужно указать на небезызвестную статью покойного E. Lask'a, о Философии права, помещенной в юбилейном сборнике в честь Куно Фишера „Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrhunderts".

[2]) Очень интересные характеристики категорий «логического» можно найти у того-же E. Lask, Logik der Philosophie, а также в известных произведениях Гуссерля. И тот и другой, повторяем, испытали непосредственные влияния Бользано, через которого устанавливается связь новых учений о логосе с древними, — связь, которая в значительной степени утеряна была в сознании новейшей философии. В этом отношении поворотным пунктом нужно считать глубоко интересную книгу A. Koyre, Descartes und die Scholastik, Bonn, 1923. В этой книге впервые новейшее учение о логосе ощутило свою связь с древностью, опознало древность защищаемых им традиций.

нии о «естественных» элементах права, но в об'ективной структуре или эйдетической сущности правового логоса.

4. Феноменология и философия права

Изучение существа идеальной структуры предметов и эйдетических отношений особой успешности достигло в новейших феноменологических исследованиях. Я не думаю, чтобы какое-либо серьезное, настоящее или будущее, философское направление могло бы расчитывать на сколько-нибудь удовлетворительное разрешение своих познавательных задач, не приняв во внимание опыта, приемов и результатов новейших феноменологических изысканий. Не может обойти их молчанием и философия права. Однако, принимая всецело положительные заслуги феноменологии, нельзя не сделать нескольких оговорок, касающихся общего ее значения и ее границ.

Феноменологию называют философским знанием, — и к тому-же еще научным. Феноменология есть философия, как точная наука, — такой взгляд был, как известно, подробно развит Гуссерлем в его носящей соответствующее заглавие статье [1]). Можно сказать, что эти взгляды Гуссерля являются кульминационной точкой современных стремлений к построению научной философии. С ними можно сравнить только философские воззрения позитивизма, также стремящегося придать фи-

---

[1]) Ed. Husserl, Philosophie als strenge Wissenschaft, „Logos", Bd. V (1910—11).

лософии чисто научную форму. Не случайно сам Гуссерль ссылается на эти воззрения и делает их отправной точкой своих рассуждений [1]).

Для исторических судеб философии характерна одна черта, не раз отмеченная историками и по существу своему чрезвычайно примечательная. Философское знание в своей по крайней мере западной истории всегда являлось той лабораторией, в которой вырабатывались основные научные идеи и гипотезы. Брошенные в виде гениальных прозрений и еще не опознанных во всех своих логических последствиях интуиций,—гипотезы эти впоследствии становились предметом специального научного изучения и полагались в основу той или иной области научно-позитивного знания. Исторически все или по крайней мере главнейшие гипотезы современной науки выношены были философией и рождены ею, как, например, теория бесконечно малых, учение о сохранении энергии, атомизм, теория эфира, различные воззрения на жизнь, в частности витализм, учение о происхождении видов и т. д.

И в свою очередь гипотезы эти, в особенности тогда, когда они получили научное обоснование, стремились завладеть философией, стать на ее место и отождествить себя с нею. Таково происхождение всякого позитивизма, пытающегося рожденное поставить на место родившего, продукт на место источ-

---

[1]) Разумеется воззрений этих придерживаются далеко не все современные сторонники феноменологии. Существует большая разница между воззрениями Гуссерля, как они выражены в его названной статье, и взглядами одного из наиболее выдающихся представителей феноменологическй школы, Макса Шелера, который далеко не склонен считать философию «точной» наукой.

ника, положительную гипотезу на место живого миросозерцания. Но нужно признать, что совершенно таким же характером отличается вышеупомянутый взгляд Гуссерля на философию, как строгую науку. В основе его лежит блестящая интуиция, открывающая нам некоторую новую сторону мирового целого и дающая целый ряд способов для его познания и постижения. Феноменология, как интуиция всеобщего, как способ вчувствоваться и вмыслиться в идеи, есть познавательный прием, открывающий перед нашим умственным взором ряд совершенно новых, почти что неизведанных отношений. Феноменология открывает перед нами новый мир духовных предметов, — открытие которых без преувеличения можно сравнить с открытием х-лучей или радия в физическом знании. Феноменология приобретает особую ценность в атмосфере современного философского эпигонства, — того особого способа философствования по поводу чужой философии, которое лишено подлинного предмета знания и выродилось в безжизненную и беспредметную книжную мудрость. Однако, при всех этих чисто положительных свойствах, феноменология, превращенная в философию и ставшая миросозерцанием, является порождением того же глубоко ошибочного стремления к позитивизации, образцы которого мы видим в натурализме, биологизме и других попытках подменить целостность мира одной из его частей. Мир в его целом не есть только всеобщее. В мире существуют также явления конкретные, чисто единичные и индивидуальные. Тот, кто хочет обнять мир в его целостности, обязан принять во внимание и то, что не определяется всеобщим. Мир есть не только идея, но и эмпирический факт. Изучение идей схватывает только одну сторону мира, один его элемент, а не весь мир в це-

лом. И, если изучение идей есть род точного знания, то изучение мира в целом не может быть знанием безусловно точным, поскольку в знании этом содержатся элементы чисто исторические, находящие выражения в фактических, а не рациональных истинах. Поэтому философия, понимая ее, как знание о целом, не может быть точной наукой. Кто в наше время стремится к построению философии, как точной науки, уподобляется тем древним философам, которые, открыв в мире количественные отношения, отожествили существо мира с числом; или тем материалистам, которые, открыв материальное лицо природы и опознав некоторые законы, управляющие материей, сделали заключение, что мир в целом чисто материален; или тем гносеологом, которые, познав соотносительность об'екта с суб'ектом, пришли к выводу, что все познаваемое нами, как мир, чисто суб'ективно по своему существу.

По нашему мнению, феноменология не есть философия, но род особого точного знания об идеях, о всеобщих отношениях. Знание это является ограниченным, так сказать, снизу и сверху. Нижняя граница его положена наличностью чисто эмпирических временных отношений, которые не познаются феноменологически и требуют особых приемов исследования и постижения. Сверху феноменология ограничена такими об'ектами, которые не суть временные факты и не суть идеи, но выше первых и вторых. Таково все Божественное, требующее иных, не феноменологических путей постижения, особого религиозного опыта. Современные феноменологи, надо признать, не всегда отдают себе отчет в этих границах феноменологии. Они склонны феноменологию превратить в некоторую универсальную науку, в свое-

образный mathesis universalis. Как старые физицисты все вопросы знания стремились решить more geometrico, так современные феноменологи все хотят решить more phaenomenologico. Здесь и лежит источник их взгляда на философию, как на точную науку [1]).

Философия по существу своему всегда есть миросозерцание, т. е. интуиция мирового целого, как целого. Такая интуиция включает в себя не только постижение мира, но и постижение судеб познающего этот мир человека, его места в мире и его отношения к миру. В силу этого миросозерцание не может не включать в себя некоторых чисто конкретных и чисто суб'ективных моментов. Невозможно, чтобы миросозерцание было чисто об'ективным, выраженным в ряде точных формул, подобных формулам математики. В таком миросозерцании утратится момент конкретности, становления, истории, жизни и личной души. Миросозерцание не есть толь-

---

1) Не могу не привести по этому поводу прекрасных слов W. Dilthey, Das Wesen der Philosophie, Kultur der Gegenwart, Teil I, Abt. VI, 3. Aufl. 1921. S. 65: „Die Funktionen der Philosophie beziehen sich auf die teleologische Struktur des philosophierenden Subjektes und auf die der Gesellschaft. Es sind Leistungen, in denen die Person sich in sich selbst wendet und zugleich nach aussen wirkt; hierin sind sie denen der Religiosität und der Dichtung verwandt. So ist Philosophie eine Leistung, die aus dem Bedürfnis des einzelnen Geistes nach Besinnung über sein Tun, nach innerer Gestaltung und Festigkeit des Handelns, nach fester Form seines Verhältnisses zum Ganzen der menschlichen Gesellschaft entspringt, und sie ist zugleich eine Funktion, welche in der Struktur der Gesellschaft gegründet und für die Vollkommenheit des Lebens derselben erforderlich ist: sonach eine Funktion, die gleichförmig in vielen Köpfen stattfindet und diese zu einem gesellschaftlichen und historischen Zusammenhang verbindet".

ко сумма теоретических истин, но также и акт — исторический или личный . При построении миросозерцания огромное значение имеет характер чисто теоретических, «точных» его элементов. Ясно, что тот, кто умеет познавать идеи и постигать их смысл, будет иметь другое миросозерцание, чем человек, круг познания которого ограничивается материальным миром и его отношениями. Но одно умение познавать идеи не дает еще миросозерцания, не образует его. Исходя из этого, мы столь же решительно отвергаем в вопросах миросозерцания полный скептицизм по отношению к научному знанию, сколь определенно отрицали мы попытку построить миросозерцание, как точную науку.

Если заменить довольно неопределенное и не всегда точное понятие философии понятием метафизики, — также не вполне точным по своему смыслу, — можно сказать, что метафизика слагается, как равнодействующая двух элементов, — всеобщего и единичного, рационального и иррационального. Феноменология, как род познания всеобщего, является таким образом частью метафизики, а не всей метафизикой в целом. Отожествление метафизики с феноменологией обозначало бы отрицание самостоятельности временного, исторического, фактического бытия. Оно приводило бы к своеобразному рационализму, полагающему, что все вопросы миросозерцания могут быть выражены в самоочевидных истинах, познаваемых, правда, созерцательно, однако же чисто априорных по своей природе. Оно упускало бы из вида тот существенный факт, что многочисленные и, может быть, самые загадочные явления этого мира неопределимы с точностью самоочевидных истин, не выразимы в априорных сужде-

ниях и могут быть схвачены только в смутном предчувствии, в эстетическом созерцании и в откровении религиозного опыта.

Сказанным определяется и отношение феноменологии к философии права. Феноменология не может быть отожествлена с философией права, хотя и является существенной частью всякой научно оформленной философско-правовой системы. Философия права в своем целом есть один из моментов миросозерцания, как целого философии. И поскольку всякому миросозерцанию неизбежен временный, исторический момент, постольку философия права не может его избегнуть. В настоящее время, особенно в русской философии права, пробуждаются стремления, направленные к удалению из нее всяких элементов «научности». В таком понимании философия права отождествляется с искусством угадывать и прозревать социальные идеалы. Философами права в истории человеческой мысли были, согласно этому воззрению, люди, интуитивно узревшие в известные исторические моменты политические и социальные судьбы человечества, указавшие пути его исторического движения, формулировавшие его политические и социальные мечтания. Таков был Сократ и Платон, отцы церкви, Руссо и Монтескье. Таковы в новейшее время, Хомяков и Достоевский, пророки будущего церковного общения между людьми. Научная или, вернее, наукообразная форма, в которую нередко облекались политические идеалы, является более или менее ненужным и не существенным для них балластом. Воззрение это справедливо, поскольку старая мечта позитивизма о научном построении идеалов является мечтой несбыточной и ложной. Идеалы родятся, как продукты иррационального и, по большей части,

смутного стремления к лучшему, а не как результаты математического подсчета и разумной выкладки. Однако, то, что прозревается в них, — их предметное содержание, их смысл, — обнаруживает в себе элементы идеи. Вообще говоря, утверждение творческой интуиции отнюдь не отрицает начал разума. То, что явилось предметом гениального прозрения, отнюдь не должно быть совершенно неразумным и случайным по своему внутреннему существу. Даже в самых иррациональных стремлениях наших может открываться некоторый присущий им, внутренний смысл.

Полагать, что феноменология может дать приемы и методы для прозрения правовых и социальных идеалов, — это значило бы не отдавать отчета в существе и феноменологического исследования и в природе идеала. Вопрос о правовом идеале есть один из вопросов миросозерцания, — вопрос в вышеозначенном смысле метафизический, а не феноменологический. Решить его можно при помощи опыта, однако это будет совершенно другой опыт, чем тот, при помощи которого мы созерцаем идеи и сущности. И менее всего это будет опытом научным. Открытие идеала есть акт более веры, чем знания. Живые идеалы провозглашаются и проповедуются, а потом уже познаются. Но не меньшим заблуждением является взгляд, что познание идеалов исключает путь феноменологии. Кто не хочет и не может заниматься одними декларациями и проповедями, кто хочет познавать и понимать, кто хочет излагать понятое и учить ему, тот неизбежно принужден вступить на дорогу феноменологического исследования. Познание структуры идеала и его элементов, — рассмотрение основных вопросов, связанных с самим

понятием идеала, отношение этого понятия к другим смежным понятиям и все подобные вопросы, — уже не могут быть решены путем провозглашения и проповеди. В масштабе всеобщих отношений и связей они решаются только феноменологически — т. е. путем адекватного описания тех данностей, которые наблюдаются в подлежащем изучению предмете.

II

Структура права

Глава II

РАЦИОНАЛИЗМ И ИНТУИТИВИЗМ В ФИЛОСОФИИ ПРАВА

1. Вопрос об определении права

Чтобы решить, что такое право, нужно определить понятие права — таково общее требование, которое выставляется и юристами, и философами. Причем наука о положительном праве стремится построить определение права путем изучения и обработки того, что люди считают правом и что исторически установлено, как право[1]). Несколько в другом

---

[1]) Таковы должны быть задачи общей теории права, если только понимать под ней род знания, преследующего цели установления наивысших обобщений в области положительного права. Современная «общая теория права» обычно не выдерживает этого основного своего стиля и сливается с философией права. См. об этом мою «Общую теорию права», стр. 25 и след.

положении находятся философы, для которых нет особой обязательности принимать без всяких оговорок факт положительного права. Наука их стремится познать не то, что люди считали и считают правом, — не право «в смысле юридического словоупотребления»,—но право «само по себе», независимо от человеческого мнения и исторических установлений. Поэтому и вопрос об определении права приобретает для них совершенно другой смысл. Если для науки о положительном праве вопрос определения права является основным и высшим в смысле завершения фактических наблюдений, то для философии права это есть высшая задача в смысле начала науки. Это есть не только первая проблема, открывающая путь философского знания, но и центральная точка философии, с которой связаны все основные вопросы.

Современный философско-правовой рационализм исходит из старой веры в творческую силу понятия. Определение права для него не есть обработка изменяющегося и ограниченного опытного материала, но и обнаружение некоторых основных направлений нашего сознания [1]). Понятие права, по мнению одного из представителей этого направления, Штаммлера, является той целостностью, которая, как и всякое целое, имеет логическое первенство перед единичным и отдельным [2]). Вообще, единичное само по себе не обладает никаким познавательным интересом. Впервые, когда единичное связано с «другим» и определено связью с всеобщим, оно становится устойчивым и длительным предметом наблюде-

---

[1]) R. Stammler. Theorie der Rechtswissenschaft. 1911. S. 43, 47.

[2]) Ibid., S. 19.

ния. И не особенное в нем, а всеобщее, пребывающее имеет об'ективное, предметное значение [1]). Отдельный единичный факт совершенно не поддается никакому разумному определению, так как определение факта есть ничто иное, как определение частного и единичного на основании некоторого основоположного всеобщего и единого принципа. Всякое единство по идее своей не является суммой относительных единичностей, но некоторым особым способом упорядочения нашего сознания [2]). В силу этого и понятие права является тем единством, тем центром, из которого «излучаются» основные условия познания всякого правового содержания [3]). Основные понятия или категории права являются результатом подобного «излучения», — непосредственно истекают из понятия права [4]). Эти основные понятия или категории неизбежно находятся в взаимном отношении, как основание и обоснованное; они происходят одно из другого; одно сводится к другому, «связывает себя с ним», конечно, не в историческом, а в логическом смысле этого слова. Оттого система основных юридических понятий есть система чисто рациональная, получаемая в результате чисто логического вывода.

Основной вопрос, на который наталкивается это воззрение, есть вопрос о том, каким же путем приходят к этому первоначальному понятию права. Разумеется, не путем опыта и индукции [5]). Но в то же время это не есть путь непосредственного созерца-

---

[1]) Это — основная мысль Штаммлера, с которой он начинает свою теорию права.

[2]) Ibid., S. 19.

[3]) Ibid., S. 22.

[4]) Ibid., S. 182.

[5]) Ibid., S. 46—7.

ния. Любимейший прием, к которому прибегает философский рационализм при решении этого вопроса, состоит в обращении к тому, что можно назвать смягченной идеей Гегелевской диалектики. У Гегеля в рациональной связи находились вообще все моменты идеи, при чем положение каждого отдельного момента определялось диалектическим отношением к предыдущему и последующему. Современный рационализм слишком искушен, чтобы принять эту идею всеобщей и решительной рациональной соотносительности сущего. Однако, мысль Гегеля можно подвергнуть более мягкому и менее решительному толкованию. Невозможно, как говорят сторонники разбираемого здесь направления, определить какое либо понятие само по себе [1]). Определение есть выяснение соотношения с «другим» и может быть сделано по различию с этим «другим». Всякое определяемое понятие нуждается в некотором противоположном понятии, с которым оно, однако, в некоторых отношениях сходится, так как в противном случае отсутствовала бы возможность их сравнения. Вследствие этого первое и основное определение права не может быть обычным логическим определением, созданным на основании приблизительных наблюдений и описания сходных признаков. [2]). Вместо этого следует отыскать высшее понятие путем последовательной ориентации на других высших понятиях; так право есть некоторое направление нашего сознания — следовательно, определение права может быть сделано путем сравнения с другими основными направлениями нашего сознания. Мы узнаем, что такое право в основоположном и первоначаль-

---

[1]) Ibid., S. 47.
[2]) Ibid.

ном смысле этого слова, путем познания того, что не есть право. Описанный прием является, как мы сказали, весьма обезличенным подражанием диалектике Гегеля. Современная философия весьма далека от того, чтобы дать какую-либо рациональную систему этих точек противопоставления и сравнения. В конце концов перечисление их является обобщением чисто опытного характера, в котором не видно ровно никакой логической необходимости. Разве есть такая необходимость в том, что, как учит Штаммлер, существует два типа таких основных направлений нашего сознания — царство восприятий и царство целей? Если современная философия ищет некоторой системы в отношении отдельных стихий сущего (как, например, учение о примате практического разума), то отношение это все же совсем иное, чем отношение моментов гегелевской идеи. И менее всего оно определяется такими чисто рациональными понятиями, как «происхождение» (в логическом смысле этого слова), «выведение» и т. п. [1]). Нельзя с уверенностью сказать, что в современном рационализме, как это было у Гегеля, вся сумма нашего познания представляет собою как бы замкнутый круг. Но только при таком предположении оправдывается тот метод, который сводится к ориентации на «другом». Двигаясь по окружности в любом направлении, проходя последовательно ее точки, неизбежно приходишь к исходной точке. Если же познание наше не есть замкнутый круг, то ссылки на «другое» не дают никакой твердой уверенности, что мы приближаемся к исходной точке, к определению

[1]) Ср. напр., одно из новейших построений отношений между теоретической и практической философией в докладе E. Lask'a, прочитанном на последнем международном философском конгрессе и напечатанном в его отчетах.

неизвестного. Напротив, при некоторых условиях мы можем при таком движении постепенно удаляться от исходной точки. И далее, если даже предположить, что направление ссылок выбрано удачно, что движение происходит путем приближения к искомому, то все же избрание такого пути, помимо того, что оно совершенно случайно, предполагает предварительное знание «другого», обладание понятием о нем, точное определение этого понятия. Таким образом трудности, заключающиеся в вопросе о первоначальном определении искомого, только отодвигаются. Предположим, что X не есть B. Но откуда же известно это B? Определить его можно, опять таки ссылками на новое «другое», на C. Но это последнее опять является неизвестным, снова требует новых ссылок. Если знание наше не есть замкнутый круг, поставленный вопрос или приводит нас к необходимости признать, что проблема конечного определения неразрешима, так как ведет в безконечность, или же мы наталкиваемся на некоторую последнюю данность, которую уже нужно принять, как неопределимую, которую нужно просто утвердить или описать.

На признании таких необходимых данностей основывается другое направление в современной философии права. Направление это предлагает откинуть стыд к непосредственному созерцанию и страх перед первоначальными данностями.[1]) Оно думает, что существуют содержания чисто идеального характера, но данные нам так, как даны дома и деревья, т. е. в непосредственном созерцании. Не по-

[1]) A. Reinach. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes. Sonderdruck aus „Jahrbuch f. Phil. u. phänomenologische Forschung", 1913, S. 57.

нятие с необходимыми его излучениями, а различные данные об'ективно структуры предмета — вот что составляет отправную точку и принцип этой теории. В структурах этих могут открываться некоторые безусловные связи, которые можно выразить в самоочевидных суждениях. Эти безусловные элементы предметного состава могут и не иметь характера всегда и везде существующего, всеобщего в смысле повторяемого; возможно также и «индивидуальное всеобщее», т. е. безусловное утверждение чего то совершенно единственного. Такие единичности не могут быть членами некоторой рациональной единой системы. Связь между ними не может быть связью основания с обоснованным. Они не могут «происходить» друг из друга, «сводиться» друг к другу. Если здесь и мыслимы какие либо отношения, то прообраз их следует искать не в отношениях логической связи, но в том отношении качественных данностей, какое мы наблюдаем в области красок, тонов, вкусовых ощущений, ценностей и т. п. [1]). Таков, например, ряд отношений ценностей, в котором существует свое «выше» и «ниже», «более» и «менее», или ряд отношений тонов и красок в спектре. Такие отношения менее всего схожи с соотношениями логического ряда: большая по степени ценность не составляет причину, из которой «создается» или «выводится» меньшая, более яркий тон не создает менее яркого. Качественный ряд просто существует, как некоторая необходимо данная структура.

Не метод разумного построения, не процесс логического вывода суть познавательные приемы, ко-

---

[1]) M. Scheler. Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik. 1921. S. 7.

торыми пользуется названная теория. Для нее предметные структуры и их соотношения созерцаются, постигаются и схватываются. Для такого созерцания нет нужды в образовании первоначальных понятий, в построении начальных определений; требуется только правильная установка способов созерцания. Для такой установки нужны не «ссылки» на другое, — что можно было бы назвать принципом познавательной рассеянности. Напротив, здесь нужна полная сосредоточенность умственного взора на том, что является искомым. При сосредоточенности «другое» не только не будет помогать, но даже обращение к нему при некоторых условиях может прямо вредить. Сосредоточенность требует отвлечения от «другого»: его следует удалять из поля умственного зрения, выделять из сферы наблюдения. То, что современная феноменология называет «установкой» [1]), есть ничто иное, как методологический прием, при помощи которого достигается подобная познавательная сосредоточенность на одном предмете в отличие от другого. Когда акт такой концентрации выполнен и результаты его уже имеются на лицо, тогда только мы имеем право ссылаться на «другое», ориентироваться на нем и привлекать его в поле познавательного зрения.

2. Фикционизм в праве.

Вышеприведенные рассуждения делают для нас неизбежным вывод, что существует какая то особая область правовых фактов или правовых фено-

---

[1]) „Einstellung“ у Гуссерля. Ср. „Jahrbuch f. Phil. u. phänomen. Forschung“, Bd. II.

менов, как некоторых первоначальных правовых данностей. Но что же представляют собою эти правовые факты? Где их следует искать и как они возможны? [1])

Всякая попытка, направленная на поиски правовых данностей в указанном смысле, наталкивается на естественное противодействие обычных воззрений на право. Глубоко укоренившееся в донаучном сознании убеждение говорит нам, что всякое право есть нечто искусственное, придуманное, сделанное, фиктивное. Право есть продукт человеческой головы, родившийся вместе с человеком и вместе с ним обреченный на смерть. И оттого оно должно противостоять всему, истинно «фактическому», как первоначально данному и непосредственно созерцаемому. Начало этих воззрений следует искать в старой договорной теории права, стремящейся свести всякую правовую связь к простому соглашению между людьми; однако, присущий этой теории естественно-правовой момент не позволял в полной степени выявиться чертам искусственной установленности и условности. Только тогда, когда он совершенно исчез, искусственный характер права был выявлен в полной последовательности. Следует указать, что в данном направлении вопрос был особенно стилизован новейшим ново-кантианством. Мы разумеем соответствующую ново-кантианскую теорию, автором которой был известный толкователь Канта, Файгингер.

Основной точкой этой философии, которая присваивает себе имя идеалистического позитивизма,

---

[1]) О понятии «факта» в указанном смысле см. ниже гл. VI, § 2.

является противопоставление факта идеалу [1]. При чем фактом Файгингер считает все то, что совпадает с непосредственно данной в ощущениях действительностью, с хаосом ощущений [2], тогда как сфера идеального сводится к той деятельности нашей души, которая направлена на обработку действительности, в результате которой происходит постепенное изменение действительности, ее искажение, образование разного рода фикций. В этом противопоставлении право, как само собой разумеется, всецело должно быть отнесено к области идеального, т. е. фиктивного. Правопорядок, как и нравственный порядок «сам по себе» есть фикция [3] и основные нравственные и юридические понятия суть виды практических фикций [4]. Нигде фиктивный характер знания не обнаруживается с такой последовательностью, как в праве, где само понятие фикции издавно приобрело полное право гражданства. В этом отношении с наукой о праве может спорить только математика [5].

Мы не имеем в виду останавливаться на критике общих основ теории Файгингера [6]. Многочислен-

---

[1]) H. Vaihinger, Die Philosophie des Als-ob. 3. Aufl., 1918, S. XX. Также O. Dittrich, Die allgemeine Bedeutung der Philosophie des Als-ob. „Annalen der Philosophie". I, 1919. S. 25.

[2]) H. Vaihinger, l. c. S. 286—7.

[3]) Ср. меткие замечания у H. Kelsen, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Annalen, I, S. 653 ff.

[4]) Vaihinger, l. c. S. 59 ff.

[5]) Ibid., S. 46—47.

[6]) Теории этой посчастливилось среди юристов Литературные указания об этом см. у Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922, § 125, Not. 2, 3. Литература, посвященная изложению критики теории Файгингера, приведена в предисловии к третьему изданию его сочинения.

ные возражения, против нее направленные, довольно общеизвестны. Указывают на то, что допуская возможность только условного познания через фикции, теория эта в то же время содержит безусловное допущение о существовании независимой реальной действительности, в своей истинности противопоставляемой всякой фикции[1]); что, утверждая фиктивность всякого познания, тем самым она должна утверждать также фиктивный характер и этого утверждения[2]); что, ставя критерием истины саму жизнь, она, как всякий биологизм, не обосновывает, а разрушает возможность знания[3]); что, наконец, она упускает из вида совершенно особое значение фикций в различных областях науки и, в частности, совершенно особое значение фикций в этике и правоведении[4]).

Для разбираемого нами здесь вопроса о правовых фактах достаточно выделить следующие соображения. Прежде всего нужно указать, что теория фикций имеет дело преимущественно с положительным правом, в котором момент установленности не может не занимать преобладающего положения. Если бы юридические феномены ограничивались положительным правом и, в особенности, совпадали бы с областью установленных норм действующего права, как это думает правовой позитивизм, то фикционизм имел бы за собою некоторые основания. Однако, и при таком ограничении фик-

---

1) Ср. A. Liebert, Das Problem der Geltung, 1914, S.73.

2) Ср. Fischer, Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 117, 1919, S. 150; также Liebert, l. c., S. 74.

3) Ср. Liebert, l. c., S. 72.

4) Kelsen, l. c.

ционизм наталкивается на некоторые затруднения. Положим, что в праве все «установлено», все «изобретено», все «выдумано», все является искусственным символом, все несет на себе знак фиктивности. Человек установил и изобрел нормы, правоотношения, институты, собственность, договоры и т. д. Но даже, если все это и изобретено человеком, то не наблюдаем ли мы в изобретенном такие моменты, наличность которых указывает на некоторые необходимые отношения, вытекающие из природы изобретенного и связывающие разум изобретателя? Юридическая логика и юридический метод, изучающие содержание «изобретенного», неизбежно выходят за пределы простой условности и установленности, обнаруживают необходимый смысл норм и институтов, присущий им об'ективный разум. Разве законы этого разума также изобретены? Нормы, составляющие данный правопорядок, могут быть и обыкновенно являются продуктом «установления» и «изобретения», — но то обстоятельство, что каждая норма должна обладать особым нормативным смыслом, должна нечто означать, — разве это также «изобретено» и «установлено»? Разве это не вытекает из самой природы норм и не обнаруживается с некоторой самоочевидностью из самого понятия нормы? Указанные здесь соображения выявляют общий недостаток фикционизма, упускающего из вида, что «идеальное» никак нельзя отожествить с «фиктивным» и «выдуманным». Познание «идеального» обнаруживает некоторые самоочевидные истины, которые даны нам, а не созданы нами просто из ничего.

Фикционизм считает пределом фикций данность ощущений. Поставим вопрос, как эта данность обнаруживается в области права? Представляет ли

из себя то, что фикционизм называет «ощущениями», юридически нечто совершенно безразличное, нейтральное, или же в самых «ощущениях» наблюдаются уже некоторые правовые черты? Наиболее решительным опровержением фикционизма является указание на то, что для него самого «данность» ощущений отнюдь не представляется неопределенным хаосом, в котором все предметы серы; напротив, ощущения выступают перед нами уже с определенными свойствами, которые суть свойства данностей, а не свойства фикций. По воззрениям сторонников фикционизма наша нравственная и наша правовая деятельности отнюдь не руководствуются одними только фикциями. Возможны некоторые и «естественные» проявления нравственных и правовых феноменов, свободные от всего надуманного и фиктивного. По собственному признанию сторонников этой теории, нравственная деятельность у большинства людей руководствуется отнюдь не разумными фикциями, а глубокими, заложенными в душу человека инстинктами и чувствами. Фикциями руководствуется только «стилизованная нравственность» стремящаяся отыскать какой то единый принцип нравственной деятельности [1]). Но то же самое следует сказать и о праве. «Несомненно» — говорит один из новейших представителей фикционизма, ученик Файгингера, Рольф Малахов — «право было свободным от фикций в своих первых истоках, когда оно еще не являлось правовым мышлением, но исключительно

---

[1]) J. Schultz, Ueber die Bedeutung von Vaihingers „Philosophie des Als-ob" für die Erkenntnistheorie d. Gegenwart, Kantstudien, Bd. 17, (1912), S. 108.

правовой волей и правовым действием» [1]). «Нет, исторические источники права лежали не в наших логических фикциях, как это думает так называемая теория изобретения, но в свободном от фикций правовом стремлении, свободном от фикций правовом чувстве, свободной от фикций области единичных событий» [2]). Логические фикции, как утверждает Малахов, присоединились, как вторичный момент, к первоначальному хаосу правового чувства. Неизбежно отметить, что к совершенно подобным же выводам пришел и другой, наиболее пожалуй выдающийся сторонник фикционизма в праве, Вальтер Поллак, в своей интересной книге: «Perspective und Symbol in Philosophie und Rechtswissenschaft.»

3. Правовые факты

Существуют, следовательно, некоторые первоначальные правовые факты даже с точки зрения сторонников фикционизма и перспективизма. Эта проблема «правовых фактов» с вытекающим из нее стремлением к их нахождению и указанию является одним из самых острых вопросов новейшей философии права, так же как проблема отыскания нравственных фактов является одной из самых животрепещущих проблем современной науки о нравственности [3]). Но, следует подчеркнуть, современные искатели «правовых фактов» далеко не всегда уясняют существо этого вопроса. Когда говорят о

---

[1]) R. Mallachov, Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre, 1922, S. 39.

[2]) Ibid., S. 113.

[3]) Как эту проблему ставит, напр., Scheler, Der Formalismus etc.

«правовых фактах», очень часто разумеют при этом не факты в смысле первоначальных данностей, но факты в смысле временных конкретных событий. С таким понятием факта имеют дело, например, новейшие исследования Нуссбаума [1]), или новейший опыт построения науки о праве на факте судебного процесса, предложенный Зандером, — одним из последователей Кельсена, ныне резко с ним разошедшимся [2]). Строго говоря, с идеей факта в смысле первоначальной данности имеет дело, прежде всего, то современное направление в области философии права, которое именуется правовым эмоционализмом в его различных разветвлениях. Причем, когда мы говорим об эмоционализме, мы отнюдь не имеем в виду разнообразных и распространенных в современном правоведении теорий «правового чувства». Эти последние являются чисто практическиям течениями в области применения и толкования права. В личном чувстве они усматривают тот орган, которым должен пользоваться практический юрист и который, по мнению сторонников этого течения, всего лучше приводит к решению конкретных правовых вопросов и казусов [3]). У нас дело идет не об этом техническом вопросе, не о «нахождении права», — дело

---

[1]) Nussbaum, Rechtstatsachenforschung. 1914.

[2]) Ср. полемику между ними в „Zeitschrift für öffentliches Recht" за 1923 год. Также Fr. Sander, Alte und neue Staatsrechtslehre u. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Обе статьи в Zeitschrift für öffentliches Recht, hrsg. von Kelsen.

[3]) Литературные указания о так называемой «Gefühlsjurisprudenz» и о проблеме «Rechtsfindung» см. у Штаммлера, Lehrbuch. — Чисто суб'ективной теории правового чувства противостоит в области практического правоведе-

идет о чисто теоретическом вопросе, именно, об указании той первоначальной среды, которая явля-

---

ния школа так называемого об'ективного «интереса», — «Interessenjurisprudenz». Ср., напр., Müller-Erzbach, Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle, „Zeitschrift für Handelsrecht", Bd. 73 (1913), S. 453, где автор указывает, что конкретные вопросы права, которые «Gefühlsjurisprudenz» предлагает решать на основании «чувства», „schon heute von der Interessenjurisprudenz aus dem Zustande sogenannter gefühlsmässiger Rechtssprechung herausgehoben und vernunftsgemässer objectiv nachprüfbare Lösung zugänglich gemacht sind." — Вообще говоря, убеждение в том, что право в конце концов основывается на каком-то непосредственном чувстве, чрезвычайно распространено и встречается у юристов совершенно разнообразных направлений и школ. Часто вместо понятия «правового чувства» применяются родственные понятия «правоубеждения», «правосознания», «правовой совести». Ср. R. v. Ihering, Geist des römischen Rechts, I. Teil, Lpz. 1857, S. 104 говорит о «внутренних» правотворящих силах, о «subjektives Rechtsgefühl», как о последнем источнике права. Он же, Ueber die Entstehung des Rechtsgefühls, 1889 (английский пер. The Origin of the Knowledge of Right and Wrong, Westminster, 1902, с очень ценными литературными указаниями). — Schlossmann, Der Vertrag, 1879, S. 197 и другие. — G. Rümelin, Reden und Aufsätze, I, S. 62—63: „Da wir uns auch niemals bedenken, manche Gesetze als schlechte und ungerechte zu bezeichnen, so müssen wir offenbar in uns selbst einen Massstab haben, um das Recht von dem, was nicht Recht ist, zu unterscheiden. Und wenn wir weiter nach diesem Massstab fragen, so spricht man uns von einem ungeschriebenen Natur- oder Vernunftrecht, das wir in uns tragen, von einer Rechtsidee, einem Rechtssinn, Rechtstrieb, Rechtsbewusstsein, Rechtsgefühl." Новейший сторонник школы «свободного права» Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1913, наряду с понятием «правового чувства» говорит о «правоощущении» («Rechtsempfindung»). Позитивист Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, 1903, I, 12, также утверждает, что первоначально право является, как „rein subjektive Macht", „Rechtsbewusstsein", „Rechtsgefühl".

ется носительницей права — о «местонахождении права». Правовой эмоционализм указывает, что такой средой является область эмоциональной жизни. Эмоционализму может быть противопоставлена другая теория, сущность которой сводится к утверждению, что правовые факты не суть факты эмоциональной жизни, но непосредственные факты разума, — интеллектуальный интуитивизм, как его можно было бы назвать [1]). Эту последнюю точку зрения очень хорошо формулировал Феликс Дан, в своей старой полемике с Р. фон Иерингом. По мнению Дана, правовая связь складывается из «логических необходимостей» из «недоказуемых велений разума» [2]). «Opinio necessitatis», «внутренне-идеальная необходимость» — вот категорический императив права, подобный императиву Кантовской этики [3]). Правовой разум гораздо ближе стоит к математическому мышлению, чем к чувству. В основании идеи права как бы лежат некоторые математические представления «равенства» и «пропорциональности». И в соответствии с этим всякое неправо есть нечто противное логике, логическая ошибка в правовом счислении. Дан доходит даже до того, что наказание считает «воздаянием на основе логического закона противоречия.» [4]).

---

1) Это противопоставление эмоционализма (или эмоционального интуитивизма) интуитивизму интеллектуальному в области философии права совпадает с подобными же формами интуитивизма, наблюдаемыми среди этических теорий. См. об этом Thilly, Einleitung in die Ethik, S. 21 ff.

2) F. Dahn, Die Vernunft im Recht, 1879, S. 13.

3) Ibid., S. 85.

4) Ibid., S. 112.

Мы увидим далее, что интеллектуальный момент гораздо более присущ праву, чем нравственности, и в признании этой истины лежит неоспоримая заслуга того воззрения, которое правовые факты считает фактами разума. Однако же одним логическим и математическим разумом нельзя дойти до идеи права. В этом отношении о праве нужно сказать то же, что моральный интуитивизм утвердил для нравственности: именно, неправильность отожествления идеи добра с идеей разума, как царства теоретической истины по преимуществу. Нравственность не есть область разума и разумной воли, как учил об этом Кант и неокантианцы [1]). Нравственные акты могут быть выполняемы и существами неразумными — детьми, юродивыми и даже животными [2]). Разум может судить о добре, но суждение о добре не есть еще добро. Теоретический момент имеет место и в нравственности, но теоретически одинаково можно судить и о добре и о зле. Гетчесон справедливо указал, что адекватные, т. е. теоретически правильные, истины одинаково могут быть высказаны и по поводу совершенного добра и по поводу безусловного порока [3]). Но с таким же основанием можно сказать, что они могут быть высказаны и о праве и о неправе, о справедливом и о несправедливом. Моменты, отличающие право от неправа, лежат не в области разума и не в области

---

1) Критику этического рационализма Канта мы находим у Шелера, l. c. и у D. v. Hildebrand, Die Idee der sittlichen Handlung, Jahrbuch f. Phil. und phänomen. Forschung, Bd. 3.

2) Ср. ниже, гл. III.

3) Я мог пользоваться только нем. пер. Fr. Hutcheson, Sittenlehre der Vernunft, Lpz. 1756.

истин теоретических, — моменты эти познаются в некоторой особой интуиции, превосходящей силы теоретического разума. Как в нравственности «meliora videre», не значит «videre veritates», так и в праве интуиция справедливого не тождественна с интуицией теоретической аксиомы[1]). Этот акт различия добра и зла, положительной и отрицательной ценности в средние века называли «syntheresis» [2]); шотландские моралисты дали ему наименование морального чувства в полном, надо признать, сознании того, что чувство это несходно с низшими чувствованиями, духовно и интеллектуально по своему существу [3]); новейший интуитивизм называет его актом любви и ненависти или же актом заинтересованности, обнаруживающим определенное, положительное или отрицательное, отношение к ценностям. Право есть область ценного, а не область истин чистого разума [4]).

---

[1]) Принимая во внимание все особенности этих актов, я предпочитаю не применять к ним названия «правосознание», как это иногда делают.

[2]) Литературу об этом понятии см. у Ueberweg, Grundriss.

[3]) Ср. Hutcheson, l. c. S. 122 и след.

[4]) Франц Брентано и его школа. Ср. Fr. Brentano, Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis, 1889. — O. Kraus, Das Motiv, 1897. — Он-же, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Zeitschrift für d. gesamte Strafrechtswissenschaft, 23, 1902. — Он-же, Das Recht zu strafen, 1911. (Beilegeheft zu Bd. 79 „Der Gerichtssaal".) — Он-же, Die Grundlagen der Werttheorie, Jahrbücher der Philosophie, Bd. 2, 1914. — A. Marty, Untersuchungen z. Grundlegung d. allg. Grammatik u. Sprachwissenschaft, 1908, Bd. I. — Мнение Radbruch'a, Grundsätze der Rechtsphilosophie, 1914, S. 40ff., что право не принадлежит к царству ценностей, основано на столь явном недоразумении, что на разборе его даже не стоит останавливаться.

4. Правовой эмоционализм. Отрицательные и положительные теории

При обсуждении соответствующих эмоциональных теорий прежде всего нужно обратить внимание на их чисто отрицательную формулировку. Существует довольно старый взгляд на правовое чувство, как на явление, по содержанию своему чисто отрицательное — взгляд, обоснованный Шопенгауэром и нашедший довольно неожиданный отклик у некоторых современных авторов [1]). По этому взгляду, нет и не может быть какого нибудь непосредственного созерцания права, никакого правового чувства, правосознания или правовой совести. Непосредственно нам даны только *переживания неправа*, которые воспринимаются не отвлеченно, но «мгновенно», «как чувство», как конкретное, доступное созерцанию переживание» [2]). Это чувство пробуждается тогда, когда одна индивидуальная воля врывается в область утверждения другой воли, — процесс, сопровождающийся ощущениями страдания, как со стороны претерпевающего, так и со стороны вторгающегося. «Чувство испытанного неправа» есть нечто первоначальное и положительное, напротив, чувство права является производным и отрицательным [3]). Понятие права содержит в себе только отрицание неправа, и под него подводится всякий проступок, который не вторгается в чужую

---

[1]) Ср. H. *Prager*. Ueber die erkenntnistheoretischen und metaphisischen Grundlagen der Rechtsphilosophie. Archiv f. syst. Philosophie, Bd. 20, 1914. S. 177: „Das Recht ist ein Begriff, das Unrecht ein Erlebnis."

[2]) *Schopenhauer*. Welt als Wille. Buch IV. S. 394. III Werke. 2. Aufl., Bd. 2.

[3]) Ibid., S. 400.

волю. Когда неправо получает отпор, этот последний, являясь отрицанием неправа, не может быть в свою очередь неправом. Следовательно, он, как отрицание отрицания, представляет собою что то положительное, является правом [1]).

Эти рассуждения прежде всего возбуждают против себя следующее формальное возражение: в качестве тезиса, в них выставляется чисто отрицательное понятие, которое никак не может служить тезисом. Неправо есть по смыслу своему отрицание. Но что же в нем отрицается? Нельзя думать, что отрицается просто страдание или неудовольствие. Простое отрицание страдания никаким волшебством не может привести к праву. Единственно, что мы получаем в качестве реального отрицания страдания или неудовольствия, есть удовольствие или наслаждение. Неправо отрицать может только одно: — право; другими словами, неправо, как всякое отрицательное понятие, предполагает положительное понятие права. Право, с точки зрения истинной диалектики, только и может быть тезисом. Иными словами, неправо, как утверждение отрицательной ценности, можно мыслить только тогда, когда мыслится положительная ценность. И действительно, эта положительная ценность предполагается и сторонниками названной теории, хотя предположение это и не приведено ими в полную ясность. Идея неправа получена ими только потому, что они признают ценность самоутверждения воли, которая вводится в некоторое отношение к другим самоутверждающимся волям. Воля «имеет право» утверждаться в известных границах; переход этих границ есть неправо — вот аксиома, дающая ключ к

[1]) Ibid., S. 401.

пониманию всех вышеуказанных построений. Если бы в самоутверждении воли не мыслилось уже некоторого «права» и если бы не мыслилась некоторая «справедливая», т. е. сообразная с правом, система соотношения самоутверждающихся воль, в которой каждая воля имеет свое определенное, очерченное точными границами место, — вообще не существовало бы самой идеи неправа.

Из разнообразных воззрений, стремящихся выявить положительный характер правовых эмоций, нельзя не обратить, прежде всего, внимания на теорию Л. И. Петражицкого, основы которой остаются, как мы думаем, не вполне понятыми ее многочисленными критиками. При суждении об этой теории обращают обыкновенно внимание на ее натуралистические предпосылки, которые являются самым уязвимым местом воззрений Л. И. Петражицкого. Но упускают из вида, что предпосылки эти отнюдь не являются центральной точкой теории. Ядро теории образует эмоционализм Л. И. Петражицкого — именно, убеждение, что существуют некоторые неразложимые и первоначальные эмоциональные акты, являющиеся основной всего того, что человеческое мнение называет правом[1]). Философским источником этого воззрения, столь родственного новейшим призывам к построению эмоциональной этики, является отнюдь не позитивизм и натурализм; правильнее искать этот источник в тех философских учениях, которые стремятся построить этику на изучении феноменологического состава актов

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, т. I, 1909, стр. 20.

любви и ненависти[1]). Л. И. Петражицкий — эмоциональный философ, который облекает свое учение в не совсем подходящие формы индуктивной логики Джона Стюарта Милля. То, что Л. И. Петражицкий называет «самодовлеющей мотивацией» — именно, такие эмоциональные процессы, которые «сами по себе», а не благодаря наличности каких либо посторонних, целевых, познавательных или других мотивов, обнаруживают момент положительной или отрицательной ценности — по смыслу своему является особой формулировкой начала ценностной самоочевидности некоторых эмоциональных актов. Такие суждения, отвергающие или одобряющие известное поведение, как «ложь постыдна», «нужно говорить правду» и т. п. имеют значение не потому, что они доставляют удовольствие или пользу и не как средство для известной цели и не потому, что адресатами и дестинаторами их являются люди, но, как правильно подчеркивает Л. И. Петражицкий, по внутренно присущему им самодовлеющему свойству ценности. «Оттого люди, действительно проникнутые сознанием долга правдивости, принципиально избегающие лжи, переживают подлежащую обязанность без дестинатора, не думая о том, причиняет ли данная ложь кому либо вред или не причиняет или, даже ясно сознавая, что она никому не причиняет вреда, или по обстоятельствам дела может быть для

---

[1]) Ibid., т. I, стр. 21; т. II, стр. 437. Ср. L. v. Petražicki, Ueber die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts, deutsch v. P. Balson, 1907, S. 30, где автор утверждает, что существуют „emotionell-intellektuellen Gebilde, die.... den ethischen Pflichten und Normen überhaupt zugrunde liegen..."

кого нибудь полезную»[1]). Из этих допущений, обнаруживающих самодовлеющую ценность нравственных истин, исходит полемика Л. И. Петражицкого против гедонизма, утилитаризма, нравственной теории интересов и пользы, которые исторически неразрывно связаны были с позитивизмом и натурализмом, — обстоятельство показывающее, насколько внутренне существо эмоционализма Л. И. Петражицкого далеко лежит от вышеупомянутых воззрений.

Одним из главных последствий эмоциональной теории Л. И. Петражицкого является требование, чтобы познание всего, называемого нами правом, достигалось на основании непосредственного испытания и адекватного восприятия подлежащих переживаний и эмоций. С этой стороны эмоционализм Л. И. Петражицкого, несмотря на его идейную связь с натурализмом, гораздо ближе по своему духу стоит к современной феноменологии, чем это предполагает общераспространенное воззрение. И для нас совершенно несомненно, что стремление слиться с об'ектом, получить его адекватный образ, «выразуметь» его в его подлинном существе, положительным результатом своим имело тот критический пересмотр основных юридических понятий, который составляет неоценимую заслугу психологической теории права. Пересмотр этот удался не только потому, что Л. И. Петражицкий был хорошим юристом, как это иногда говорят, он удался, главным образом, вследствие непосредственного соприкосновения с самим предметом права и с основными правовыми данностями.

---

1) Теория права etc., II, стр. 438.

Оттеняя положительные стороны эмоционализма Л. И. Петражицком нельзя не указать также и на его основные недостатки, сводящиеся к излишней склонности к психологизму и нравственному релятивизму. Отождествление области эмоциональных актов с «психическим» является результатом недостаточного опознания границ психологии и особенностей ее предмета. Среди того, что Л. И. Петражицкий об'единяет под общим названием эмоций, находятся содержания столь различной природы, что применения к ним общего имени может повести только к недоразумению. Сам Л. И. Петражицкий с достаточной ясностью чувствовал эти различия, хотя и не придал им сколько нибудь принципиальной формулировки. Нельзя не поставить в заслугу теории Л. И. Петражицкого указание на то, что мотивами правового поведения могут быть только эмоции бланкетные [1]). Те же эмоции, которые вызывают определенное специфическое, к ним специально приуроченное поведение, или же эмоции с «предопределенными специальными акциями», могут вынуждать физический организм только к определенным и строго обусловленным действиям, на основании которых не могут возникнуть никакие правовые идеи. Только при бланкетных эмоциях возможна значительная гибкость, простота и изменчивость в понуждении, не отрицающая, однако, общей предопределенности в действии. Бланкетные эмоции не предопределяют «не только частности, но даже и общего характера и направления акций» и могут служить побуждением «к любому поведению». «Именно они побуждают к тем действиям, представление коих переживается в связи с ними». Они связаны

---

[1]) Ibid., I, стр. 7—8.

с так называемыми «акционными представлениями», которыо участвуют в мотивационном процессе придавая ему «интеллектуально-эмоциональный характер»[1]). Л. И. Петражицкий полагает, что так называемое акционное представление является необходимым моментом бланкетных эмоций. По крайней мере необходимость эта совершенно определенно утверждается по отношению к так называемым этическим эмоциям. Не будь акционных представлений, этические эмоции «не имели бы никакого мотивационного значения». «И они» — как говорит Петражицкий — «вне связи с такими или иными акционными представлениями вообще не переживаются»[2]). Таким образом Л. И. Петражицкий примыкает в этих своих воззрениях к тем многочисленным философам и психологам, которые подчеркивают необходимую наличность интеллектуального момента в некоторых проявлениях нашей эмоциональной жизни. Однако, особенностью воззрений Л. И. Петражицкого является то обстоятельство, что интеллектуальный момент, обнаруженный в эмоциях, не только не выдерживает своего преобладающего мотивационного характера, но по мере развития теории постепенно утрачивает всякую мотивационную силу. У акционных представлений отнимается свойство быть акциями. Они превращаются в представления, лишенные определенного содержания, не отнесенные ровно ни к какой реальности, и следовательно, «фантастические».

«Акционные представления» при этом сводятся на положение чего то сопутствующего, отражающе-

---

[1]) Ibid., I, стр. 11.
[2]) Ibid., I, стр. 11—15.

гом — другим. При таком допущении нет смысла искать какого-либо общего решения вопроса о том, кто может быть юридическим деятелем? Мы полагаем, однако, что нигде условный характер юридического метода не проявляется так ярко, как в этой точке юридического исследования. На самом деле, можно ли посредством юридических установлений об'явить «деятелями» камни, деревья, планеты и т. п.? Во всяком случае это было бы установлением чистых фикций, возможных только потому, что за них, вместо них и их именем действовали бы настоящие живые «деятели», — люди. Юридическая норма не обладает способностью производить на свет живые существа, но только при наличности такой способности она могла бы создавать подлинных «действующих» лиц в праве. Единственно, на что действительно способно юридическое установление — это на запрещение деятелям проявлять свою деятельность. От такого запрещения способность деятельности конечно не утрачивается, — недееспособный, раб, не теряет прирожденных свойств дееспособности, — однако, все проявления его деятельности считаются юридически ничтожными. С отменой данного установления прекращается эта ничтожность; естественные свойства получают возможность своего естественного проявления. В противоположность этому, с отменой постановления, об'явившего недееспособными зародышей, лежачее наследство и т. п., эти последние, конечно, не приобретают свойств быть юридическими деятелями.

Своеобразным вариантом юридико-догматических воззрений на суб'ект права является весьма модная ныне теория юридических конструкций или юридических фикций. От чистого юридизма она отличается тем, что вращается не в области относительных

юридических установлений, но восходит к безусловному философскому решению вопроса. Существо названной теории отлично формулировал Отто Гирке, утверждая, что «личность есть правовое понятие», которое получается при помощи совершаемой правосознанием абстракции, путем «выделения одной части действительности»[1]). Поэтому юридический суб'ект не тожественен с какой-либо воспринимаемой нами реальной целостностью явлений; он невидим и неосязаем. Подобных же воззрений придерживается и новейший известный государствовед Ганс Кельсен. По его мнению, лицо, как оно мыслится юристом, есть понятие не фактическое, а чисто нормативное[2]). И безразлично, о каком лице здесь идет речь — о физическом или идеальном. Всякое лицо, как суб'ект права, есть нечто совершенно искусственное, созданное особой юридической конструкцией[3]). Нужно, следовательно, раз навсегда отказаться от общепризнанного воззрения, что живой человек может быть суб'ектом права. Для юриста «понятия человека и лица не связаны никакой существенной необходимой связью»[4]). Только ошибочное смешение нормативного метода с методом фактическим делает понятным происхождение заблуждения, согласно которому человек отожествляется с правовым суб'ектом! На самом деле «органически телеологическое» единство, именуемое человеком, ничуть не тожественно с личностью в юридическом смысле

---

[1]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895, S. 268. Подобные взгляды на суб'ект права высказывал и покойный кн. Е. Н. Трубецкой в своем учебнике энциклопедии.

[2]) H. Kelsen, Das Problem, S. 89.

[3]) H. Kelsen, Hauptprobleme des Staatsrechts, S. 518.

[4]) Ibid., S. 519.

этого слова;[1]) психологическая воля первого не имеет ничего общего с юридической волей последнего. Человек становится лицом только тогда, когда при помощи юридической конструкции он превращается в особый «центр вменения», лежащий совершенно по ту сторону фактических отношений. Тогда только он вооружается юридической волей и становится в отношения к юридической норме. Но подобным «центром вменения» правопорядок может считать и не только человека. «Оттого каждый человек отнюдь не является лицом, и могут существовать лица, не являющиеся людьми»[2]). Поскольку все они суть лица в юридическом смысле этого слова (суб'екты права), постольку всем им одинаково присуща некоторая общая природа и общие свойства. Существует полное тожество внутренней природы государства, как юридического лица, с внутренним существом любого иного суб'екта права — будь-то человек, корпорация, общество, учреждение. И существует полное сходство между юридической волей государства и волей других лиц в юридическом смысле этого слова, поскольку волей этой является способность к юридическому вменению.

Но наиболее оригинальная из новейших теорий лица была построена одним из выдающиеся представителей новокантианской философии, Германом Когеном. Идея суб'екта для него совпадает с идеей человека, но человек для Когена не есть отдельный, единичный индивидуум[3]). В том то и заключается ограниченность психологической точки зрения на человека, что для нее исходной точкой и основным

---

[1]) Ibid., S. 83.
[2]) Ibid., S. 83.
[3]) H. Cohen, Ethik d. reinen Willens, S. 3, 11, 16.

понятием является единичный индивидуум. Для нее человек есть прежде всего «чувственный», «физиологический», следовательно «животный» человек, —допущение, значительно суживающее перспективу при изучении человека [1]). Единичность есть только один, наиболее бедный момент в понятии человека, ибо человек есть не только нечто единичное, но и множественное, — именно люди, человечество[2]). А всякое множество, как учит логика, может переходить в новое единство — в совокупность. В истории философии впервые Платон узрел «в человеке нечто единое, нечто совокупное». В «Республике» Платон исходил, как известно, не из единичной души человека, но из той «души», которая отражается в государстве и в нем получает свою жизнь [3]). Поскольку же «душа государства» есть для Платона часть великой «мировой души», постольку в этике и в политике человек выступает уже не как «единственный» и не как единица какого либо множества, но как нечто причастное совокупности. Слияние с совокупностью впервые дает человеку душу, оно дает возможность ему освободиться от бесплодного пребывания в пределах особенного и возводит до ступени некоторого творческого единства. Индивидуум преобразуется и как бы преображается. [4]). Он становится единством этической личности. [5]) При этом возвышении отнюдь не утрачивается личность, [6]) но только уничтожается партикулярная единичность чувственного индивидуума, которую обычное созна-

---

1) Ibid., S. 21.
2) Ibid., S. 4.
3) Ibid., S. 6—7.
4) Ibid., S. 33.
5) Ibid., S. 71, 73.
6) Ibid., S. 73.

ние считает единственно возможной формой единства.[1]) В индивидууме начинает отображаться идея. А истинный индивидуум и есть ничто иное, как «индивидуум идеи»[2]).

Идея же по существу своему всецело совпадает с должным, растворяется в нем.[3]) Но «должное» в понимании Когена совпадает с понятием закономерной воли — т. е. воли, действующей по предписаниям и законам этики.[4]). Воля тем и отличается от простого стремления, что она сливается с должным и благодаря этому слиянию приобретает истинное бытие.[5]) Такая воля есть чистая воля, т. е. некоторый особый род познания, некоторый особый метод, отчасти противостоящий чистому познанию логики, отчасти включающий в себя это последнее.[6]) Чистая воля не есть психологическое понятие, ее нельзя считать простым внутренним переживанием, хотя внутренний момент отчасти и присутствует в ней.[7]) Воля есть переход из внутреннего во внешнее, обнаруживающийся в том, что называется обычно поступком. Понятие воли связано с понятием поступка и неотделимо от него. Понятие поступка есть основное понятие этики. В поступках обнаруживается и живет человек, как этический суб'ект. Главная трудность в понимании поступка сводится к тому, как об'яснить его единство. Никакой поступок не происходит в один миг, напротив он распадается на несколько моментов. Единство этих моментов не

---

[1]) Ibid., S. 175, 221.
[2]) Ibid., S. 38, 51.
[3]) Ibid., S. 26.
[4]) Ibid.
[5]) Ibid., S. 26, 168.
[6]) Ibid., S. 37.
[7]) Ibid., S. 68, 98, 112.

может быть единством психологическим, т. к. всякий поступок выявляется во вне, требует, так сказать, пространственного протяжения. [1]) Единство этих моментов и есть единство «совокупности», единство платоновского «большого человека», или государства, другими словами, единство рациональной закономерности. [2])

Мы подходим здесь к идее правового суб'екта, как носителя правовых актов, как деятеля. Суб'ект права не может не быть также единством и не мыслим иначе, как единство. Но единство суб'екта не может быть найдено в пределах психологии, и его способна об'яснить только этика. [3]). Оно всецело обусловливается уже названным нами единством действия. Юридическим суб'ектом не может быть простой индивидуум, не возвысившийся до совокупности. Он должен обладать чистой волей. Он должен быть носителем единства поступков. И как раз в юридическом суб'екте имеются на лицо все эти свойства. В этой точке открывается принципиальное и доселе еще неразгаданное, по мнению Когена, соотношение между юриспруденцией и этикой. [4]) Именно, в юридическом суб'екте этика находит образец фактического соединения индивидуального и совокупного. [5]) Особенно здесь важен тот вид суб'ектов, который наука о праве называет юридическими лицами. Юридическое лицо в свойствах своих противостоит физическому лицу, отдельному человеку. В этом противопоставлении одновременно мыслится также и противоположность общих интересов и интересов инди-

---

[1]) Ibid., S. 68—69.
[2]) Ibid., S. 76.
[3]) Ibid., S. 70.
[4]) Ibid., S. 217.
[5]) Ibid., S. 72 и след.

видуальных, общих целей и целей личных, общей воли и воли единичного отдельного существа, общего поведения и поведения отдельного человека. [1] Таким образом в этой точке соединяются все моменты, образующие проблему суб'екта. И самое поразительное то, что в юридическом лице дело идет не об отдельных волях многих лиц, но что здесь приобретается истинное единство воли и, следовательно, идея суб'екта доходит до своего истинного смысла. [2] Это единство воли и есть реализация идеи совокупности, достигаемая в бытии юридического лица. [3]. Оттого, воля юридического суб'екта не есть простая сумма индивидуальных воль, но высшее единство воли, volonté générale, и эта идея юридического суб'екта не есть фикция, как многие думают, это есть гипотеза, конструирующая существо этического сознания. Это есть этический образец совокупности, в которой исчезает множество и рождается новое единство. [4]

После всего сказанного совершенно в новом свете представляется исходная мысль «республики» Платона — начинать этические исследования, исходя от государства, а не от отдельного человека. Государство есть прежде всего юридическое понятие, юридическое лицо. [5] Оттого в лице государства следует усматривать прообраз идеи этического суб'екта. Государство с полным правом может сказать своим отрицателям: «Только во мне и через меня возможно достигнуть истинного человеческого само-

---

[1]) Ibid., S. 217, 229.
[2]) Ibid., S. 218.
[3]) Ibid., S. 224.
[4]) Ibid., S. 219—221.
[5]) Ibid., S. 75.

сознания и утвердить его». [1]) Каждое существо, способное быть этическим суб'ектом, способное обладать чистой волей, должно быть призвано к участию в жизни государства, и через это участие впервые достигает оно истинного самосознания. Если мы условимся называть то лицо, которое является способным иметь чистую волю, лицом духовным (или духом), то государство и будет преимущественно царством духа. Так называемая фикция юридического лица превращается в этом учении в гипотезу суб'екта, как наивысшего выражения духа. [2])

2. Суб'ект права в двух его основных значениях

Основное заблуждение всех этих теорий покоится на недостаточном уяснении самого понятия «суб'ект права». Все они принимают понятие суб'екта в том смысле, в каком оно применяется юридической практикой и теорией, между тем смысл этот и не является однозначным и твердо установленным.

В учении о суб'екте права, как оно излагается в общей юридической теории, сравнительно слабо проявляется идея лица, как юридического деятеля — идея, которая была выдвинута нами в качестве одного из основных элементов правового феномена. Момент осмысливающей деятельности в области положительно-правовых установлений погашен фактом об'ективного права, которое как бы является реализованным и закрепленным юридическим смыслом. Юридическому суб'екту при этом ничего не остается,

[1]) Ibid., S. *231*.
[2]) Ibid., *232—233*.

го, соответствующего, а не направляющего и руководящего. Таковы «акционные представления», сопровождающие этические импульсии и репульсии, например, «совесть» со всеми ее свойствами и определениями (бояться совести, слушаться совести, голос совести и т. п.) или закон, веление, запрет, долг и т. д. Все это, по мнению Л. И. Петражицкого — «фантастическое представление», отражающее свойство этических моторных побуждений и понуканий с их мистическо-авторитарным характером. Таким образом акционные представления превращаются в роль фантасмов, лишенных всякого существа и всякой реальности [1]).

В сущности говоря «психическим» в тесном смысле этого слова может быть назван только первый вид эмоций Л. И. Петражицкого. Не обладая никакой самостоятельной духовной или интеллектуальной природой, никаким самостоятельным содержанием, эмоции эти теснейшим образом связаны с жизнью в простом биологическом смысле слова и являются реакциями, которые производят внешние физические действия среды на внутренние физиологические процессы органической жизни. Что же касается вторых, бланкетных эмоций, то внутренне об'ективное содержание их настолько выходит из пределов суб'ективной жизни и связанных с ней суб'ективно психических переживаний, что с полным основанием может быть выделено, как самостоятельный класс явлений с свойственной им особой законообразностью. Психологизм Л. И. Петражицкого должен быть преобразован в направлении современной эмоциональной психологии, в частно-

---

[1]) Ibid., I, стр. 44.

сти в направлении психологии «эмоционального мышления»[1]).

Только двигаясь в этом направлении, мы освободим эмоционализм Л. И. Петражицкого от его необходимых спутников — от суб'ективизма и от обусловленного им утверждения относительности истин и ценностей. Эмоционализм отнюдь не обязывает к признанию права явлением суб'ективной психологии. Наоборот, изучение эмоциональных актов убеждает, что они являются носителями чисто об'ективных содержаний. Актам этим свойственна прежде всего особая направленность на об'ект и в этом смысле их можно назвать актами интенциональными. Об'ектом здесь являются ценности, направляясь на которые эмоциональные акты обнаруживают адекватность их содержания, согласованость с предметом, своеобразную гармонию. Так, эмоциональный акт духовной любви не есть простое психическое переживание, подобное аппетиту, голоду, но акт направленности на ценностный предмет, в результате которого устанавливается соответствие с предметом наших настроений и чувств — соответствие, которое на русском языке лучше всего назвать п р а в д о й (а не истиной). В этом смысле акт любви сходен с актом теоретического знания, который также устанавливает адекватность с об'ектом, но особого характера, именуемого истиной. Если распространить картезианское понятие «cogitare» и на область обнаружения нашей заинтересованности и если назвать предмет любви «cogitatum», то правду всего лучше определить, как «adae-

---

[1]) Ср. H. M a y e r, Psychologie des emotionalen Denkens, 1908.

quatio cogitantis et cogitati»[1]). Правда настоящей духовной любви и заключается в соответствии с ценностью, с любимым предметом. Любить можно только истинно ценное, и эйдетически к истинно ценному нельзя относиться иначе, как любя его. В этих определениях нужно искать глубочайшие корни самой идеи права. «Правильно или сообразно с правом то, что направлено на другое и что поэтому приспособлено к другому, подобает ему, сообразно с ним и находится с ним в согласованности»[2]). Чувство такой сообразности можно назвать правовым чувством. Правовые эмоции Л. И. Петражицкого, поскольку они двусторонни, — императивно-аттрибутивны, всего лучше иллюстрируют, что чувство права обнаруживает соответствие двух моментов, их сообразное и согласованное соотношение. Но напрасно думать, что подобные эмоции ограничиваются узкими пределами личной души и ее переживаний. В них обнаруживается целый сверхличный мир — «одно» и «другое», предмет и отношение к нему, словом, целая об'ективная структура.

5. Разум в праве

Чтобы правильно определить значение интеллектуального момента в праве, нужно несколько углубить вопрос о способах познания ценностей. Новейшие исследования в области этики устанавливают разнообразные способы постижения

---

[1]) A. Marty, Untersuchungen zur Grundlegung der allgemeinen Grammatik, 1908, I, S. 428.

[2]) Löning, Ueber Wurzel und Wesen des Rechts, 1907.

ценностей, — и в частности нужно отличать способность простого усмотрения ценностей от способности их более или менее глубокого чувствования, также как и от их теоретического познания[1]). Различие это нужно считать основным для всякой теории ценностей и в частности для всякой этики. Оно определяется различными степенями интимности в общении с ценностями, различными глубинами погружения в ценностную стихию. Возможны различные степени адеквации ценностей, различная степень соответствия с ними нашей души, начиная с поверхностного признания ценностных свойств какой либо данности и кончая полным погружением в нее вплоть до самозабвения, характеризующего высшую стадию напряжения любви. Эта сторона вопроса нередко упускается из вида — и, в частности, она была упущена Рейнахом в его вышецитированной нами статье, посвященной исследованию априорных основ гражданского права. Совершенно справедливо при исследовании таких актов, как обещание, отказ, согласие, он исходил из мысли, что в них открываются некоторые совершенно первоначальные данности, которые нужно принять как факт. Созерцание их и свойственных им законосообразностей, а не их определение, является единственно соответствующим приемом исследования. Однако, полный отрыв исследуемых Рейнахом актов от имеющих в них свое местонахождение ценностей, не могли не оказать влияния на произведенные им анализы. Такие акты, как обещание, согласие, прощение и т. д., бесспорно, являются носите-

---

[1]) Ср. D. v. Hildebrand, вышецитированное сочинение, а также его Sittlichkeit und ethische Werterkenntnis. Jahrbuch f. Phil. u. phänomen. Forschung, Bd. 5.

лями ценностей, например, верности, честности, нравственной последовательности и т. п. В них и вытекающих из них последствиях ценности обнаруживаются и проявляются. Однако, это обнаружение и проявление может иметь совершенно различные формы.

Обещание или согласие, обнаруживая верность или последовательность, требуют соблюдения сказанного и выполнения решенного. Но верность эта достигается совершенно различными ступенями интуиции. Можно интеллектуально усматривать логические последствия сделанного обещания, достигая тем самым познания некоторых априорных истин, обнаруживающих логическую необходимость вытекающих из обещания последствий. Но можно «всей душой переживать обещанное», как это бывает в случае горячего обета или в случае какой либо клятвы. Обещание может владеть душою настолько, что вытекающая из него верность слову становится как бы второй природой обещавшего, получает в нем максимальную адеквацию. Все различие между нравственным обещанием и юридической его формой (договор) сводится, в сущности говоря, к различным степеням глубины в переживаниях ценности. Если глубина эта значительна, если она соответствует ступени эмоционального переживания ценностей, мы имеем дело с явлением нравственным. Если глубина сравнительно поверхностна, если дело идет только об усмотрении ценности, о чисто интеллектуальном соображении последствий, вытекающих из тех или иных ценностных актов, мы имеем дело с явлениями правовыми. Право с этой точки зрения является определенным уровнем восприятия

ценностей. При этом следует подчеркнуть, что мы здесь имеем в виду не только ценности нравственные, но и другие, например, эстетические, религиозные, познавательные. И в отношении к ним возможна своеобразная плоскость чисто правовой меры. Юридическая охрана, например, религиозной свободы или памятников искусства является одним из способов отношения к ценностям, но, разумеется, менее глубоким, чем любовь к Богу или к добру. Правовая охрана религия или церкви не требует религиозной интуиции или религиозной любви. Право может ограничиться простым уважением к ценности, которое обнаруживает также некоторое «эмотивное» отношение, но гораздо более поверхностное, чем любовь. Но в конце концов, на той же степени адеквации стоит право и к ценностям нравственным—и вообще ко всяким другим ценностям.

Эта особенность чисто правового отношения к ценностям не могла укрыться от Рейнаха, хотя он и не формулировал всех вытекающих отсюда последствий. Априорные истины, усматриваемые Рейнахом при изучении первоначальных правовых данностей, по собственному его признанию, обладают характером чистого «холодного» знания, от которого нужно отличать сопутствующие переживания и чувствования [1]). Быть связанным или иметь притязания — нечто совсем иное, чем чувствовать связанность или переживать правомочие [2]). Притязание не является предметом более или менее ясного или самоочевидного интенционального чувствования. Таким образом, если при постижении пра-

---

[1]) Jahrbuch f. Phil. u. phänomen. Forschung, Bd. 2, S. 693.
[2]) Ibid.

вовых данностей мы можем говорить о чисто «имманентном», «интуитивном» уяснении их сущностей, то очевидно дело здесь идет об интуициях иного свойства, чем интуиции, полученные в результате известного вчувствования в предмет, — адеквации до самозабвения, о которой говорят современные эмоционалисты. Достигнутые Рейнахом интуиции имеют, иными словами, более интеллектуальный и, следовательно, рациональный характер. Их нужно более «выразуметь», чем эмоционально пережить. Следует ли отсюда сделать вывод, что область права есть преимущественная область разума? Да, интеллектуальный момент гораздо более соответствует существу права, чем существу нравственности. Если в этой последней вполне правомерен современный поход против интеллектуализма, то в области права эмоционализм в свою очерёдь требует ограничения. Право есть «интеллектуальный» подход к ценностям, а не эмоциональный. Но в то же время право есть о б л а с т ь ц е н н о г о, — и это обстоятельство решительно отграничивает его от области чисто теоретических истин, т. е. от того, что по существу своему не открывается в актах любви и заинтересованности.

Особенности чисто правового, интеллектуального отношения к ценностям можно выразить через понятие «признания», освободив только его от специального значения, выработанного в юридической практике. Под «признанием» мы разумеем не тот коллективно-психический процесс, в результате которого правовые нормы считаются, как бы вышедшими из общей воли общественного союза и потому соответствующими общему убеждению и настроению; и не те специальные действия, которые имеют целью об'явить какие либо нормы, факты или события обла-

дающими юирдической силой Под признанием мы разумеем особое отношение к ценностям, сводящееся к установлению интеллектуального общения с ними. Так можно «признавать» какое либо произведение искусства, не обладая способностью интуитивно переживать его внутренний смысл. Так называемое «отсутствие конгениальности» очень часто делает «немым» внутреннее содержание предмета, значительность которого не может отрицаться разумом. Такие «содержания» «закрыты» для души, но открыты для интеллекта, признающего их «достойными» ценностями. Существует воззрение, согласно которому признание считается одним из актов, наиболее ярко характеризующих нашу нравственную деятельность[1]. Но серьезно защищать это воззрение можно только при весьма поверхностном скольжении по нравственным вопросам. Подлинный нравственный опыт может убедить всякого, что для нравственности нужно нечто более глубокое, — нужно умение переживать, умение всей душой любить и ненавидеть. Нравственность, построенная на «признании», выродится в сухой, холодный формализм. «Признание» есть не этический, а преимущественно правовой акт, и построение этики на идее признания есть своеобразный этический юридизм, перенесение в область нравственности правовых понятий.

С иным заблуждением встречаемся мы тогда, когда слишком горячее отношение к нравственному опыту служит основанием для отрицательного отношения к самой идее признания. С точки зрения

---

[1]) Ср. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, S. 19.

нравственности, с точки зрения «любви и ненависти», самый акт признания может показаться поверхностным и даже граничащим с нравственным индифферентизмом. Тот, кто ограничивается признанием, искусственно держит себя как бы на незначительной нравственной глубине и тем самым делает скорее злое, чем доброе дело. На таком уровне и пребывает право. Кто знает, приносит ли оно более добра, чем зла? Повидимому, глубокий скептицизм к праву, разделяемый таким горячим проповедником любви, как Л. Н. Толстой, питается органическим отвращением к подобным нравственным «полумерам», каковым является «признание». Чтобы истинно служить добру, нужно полюбить всем сердцем, а не призывать к признанию холодным разумом.

Воззрение это можно защищать постольку, поскольку мы единственной ценностью в мире признаем эмпирического человека. При таком предположении кажется, что может существовать только одна нравственная заповедь: «возлюбите ближняго, как самого себя»; и, следовательно, только одна этика — этика «любви к ближнему». Всякое иное отношение к ближнему, помимо любви, является более или менее вредным суррогатом. Что же касается до отношения к другим ценностям, то оно может быть построено только через отношение к человеку, только через этику «любви к ближнму». Никакого иного самостоятельного отношения к безличным ценностям нет и быть не может. Л. Н. Толстой, совершенно последовательно, наряду с правом, отрицает также самостоятельную ценность науки, искусства, культуры и т. п. Однако, неоспоримая ясность этого воззрения теряет свою силу, коль скоро мы признаем воз-

можность существования других самостоятельных ценностей, помимо человека и даже выше него. Можно ли требовать, чтобы все любили науку, как любит преданный ей ученый, чтобы все интуитивно переживали эстетические ценности так, как переживает их истинный художник? Нельзя всех сделать учеными и художниками, но можно требовать, чтобы все уважали ценность науки и ценность искусства. В холодном отношении к науке со стороны профана нет ничего оскорбительного, тогда как холодное уважение к человеку преимущественно «юридическое» отношение к нему, может прямо оскорблять и, несомненно, является свидетельством недостаточного развития морального характера. Общение с имперсональными ценностями учит нас понимать сущность юридических явлений, в которых нет места для пламенного горения сердца. Следует прибавить, что в известной мере холодность права является целесообразным и необходимым средством общения. Несовместимый с правом культ излишней мягкости, диктуемый исключительными интересами любви, зачастую приводит к той расплывчивости и неточности в междучеловеческих отношениях, которые становятся несносными и отталкивающими, вследствие полного отсутствия осторожности в отношении к чужому характеру. Неуважение к личности может возникнуть не только от слишком холодного, но и от слишком теплого сердца.

6. Структура права

Все определения права, построенные и общей юридической теорией и философией права, одинаково имеют характер некоторой одномерности. На са-

мом деле, сведение к одному основному моменту не может не быть неизбежной потребностью и эмпирических и априорных теорий, ищущих определения права. Только для эмпиризма такой момент является конечным результатом приведения разнообразного к единому; для рационализма он является начальным принципом, из которого излучается все остальное содержание права. В указанном смысле одинаково одномерны такие определения, как «право есть норма», «право есть воля», «право есть интерес», «право есть свобода», «право есть порядок» и т. д. Главное затруднение, на которое наталкиваются подобные определения, заключается в том, что правовые феномены во всей их полноте никак не могут в них уместиться. Не нужно прилагать особых усилий к тому, чтобы доказать, что ни одно из них не точно, что право может быть не только нормой, но и волей, не только волей, но и интересом, не только интересом, но и свободой и т. д. — словом, что право не сводимо к одному измерению. Чтобы уяснить сущность воззрения на многомерную природу права, нужно вообще покинуть почву определений. Взамен определений следует дать описание правовой структуры в ее основных данностях. Нет ничего удивительного, что феноменальная структура права предстанет перед нами, как некоторое многобразие, как единство нескольких измерений, подобное единству пространства, измерения которого представляются в конце концов некоторыми основными данностями, определяющими его структуру. Но подобно этому и право может иметь свою, особую структуру, характеризуемую своими особыми данностями. [1])

---

[1]) Совершенно правильно ставит проблему структуры права O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 1895, S. 256: „Jede Befugnis fordert ihrem Begriff nach gewisse Bestand-

Порядок выявления элементов правовой структуры является первоначальным актом знания, для совершения которого нельзя дать никаких предварительных предписаний. И, в сущности говоря, довольно безразлично, с какого конца правовой структуры мы начнем ее описание. Важно, чтобы тем или иным путем она была обнаружена в ее целостности.

1. Наиболее глубоким элементом этой структуры является то, что можно назвать «суб'ектом» или носителем обнаруживащихся в праве ценностей. Причем, когда мы говорим о суб'екте, мы не мыслим, конечно, суб'екта права, как о нем учит юридическая теория. Суб'ект мыслится нами, как деятель, как носитель актов, обнаруживающих ценности — в частности, актов признании. Предположение наличности такого суб'екта является неотделимым от самих обнаруживающих ценности актов. Ценности только тогда становятся живыми и реальными, когда они находят живого носителя. Поэтому каждый

---

teile, die jedoch auf verschiedene Weise zusammengefügt werden können. Von dem Verfahren, das hierbei eingeschlagen wird, hängt die Struktur der Rechte ab.“ Однако, элементы этой структуры, по нашему мнению, определены не вполне правильно. Основной ошибкой Гирке нужно признать то, что структуру права он определяет на основании явлений положительного права, иными словами, эйдетическую проблему он пытается решить путем чисто фактического исследования. Оттого и структура получается слишком сложной, включающей в себя наряду с необходимыми, чисто случайные элементы. В частности Гирке насчитывает четыре элемента этой структуры: суб'ект (без достаточного уяснения этого понятия, как это будет показано в следующей главе); предикаты права; об'ект и правовое отношение. Наше отношение к этой классификации выяснится из всего последующего изложения.

реальный правопорядок предполагает того деятеля, который обнаруживает свое небезразличие к миру, «обладает» признанием. «Обладать»—означает здесь не обладание природными свойствами (например, иметь цвет), и не обладание психическими качествами (иметь способность), но пребывание в актах признания, «жизнь в деятельности признания», выполнение ее, переживание и созерцание.[1]). Любые правомочия и правообязанности, поскольку они являются не мертвыми понятиями, но деятельностями, в конце концов опираются на такого деятеля. Идея его лежит во всяком правопорядке, составляя один из необходимых элементов структуры права.[2])

2. Вторым элементом этой структуры являются самые обнаруживающиеся в праве ценности. Наличность какой либо ценности является безусловным предположением для правовых явлений, т. к. если бы ее не было, не существовало бы также и проявлений заинтересованности и небезразличия. Не существовало бы таким образом ни обнаружения дозволенного, ни понуждения к необходимому. Но насколько здесь вообще необходимо признание наличности ценностей, настолько спорен вопрос, какими являются они по своему содержанию. Могут ли лежать в основании правомочий и правообязанностей какие либо самоочевидные ценностные принципы или же прав релятивизм, утверждающий, что в мире правовых ценностей нет никакой об'ективности, но все

---

[1]) Ср. W. Schuppe, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1881.

[2]) О таком «суб'екте права» говорит, повидимому, И. А. Ильин. Ср. ниже, последняя глава.

основывается на относительных суб'ективных оценках? Этот вопрос является одним из основных вопросов философии права.

3. Наконец, третьим элементом правовой структуры нужно считать те основные определения, которыми характеризуется особое, специфическое, правовое отношение ценностей, как между собою, так и к их носителям[1]). Эти определения или предикаты являются неотделимыми от любого правового феномена, и ими как раз и характеризуются явления, поскольку они вообще могут быть правовыми и могут иметь отношение к праву. Эти определения, как и все в правовой структуре, являются некоторыми первоначальными и в свою очередь уже неопределимыми данностями. По поводу них возможно создать только тавтологические определения, и существо их доступно только феноменологическому описанию. Мы полагаем, что при значительном множестве таких определений, существуют однако два основных предикамента всякого правового феномена, — и, именно, понятие «правомочия» и «правообязанности». («posse» и «debere» в правовом смысле этого слова).

---

1) Ср. Gierke, l. c.: „Mit diesem Subjekt wird, sobald ihm ein Recht zugeschrieben wird, ein Prädikat verbunden, das unendlich mannigfach lauten kann, immer aber in ein Machthaben ausmünden muss. Geeignet hierzu ist jedes Machthaben, das eine Herrschaft im Bereiche der äusseren Freiheit begründet." Ср. последующий анализ идеи «правомочия» в третьей главе следующего отдела.

Глава III

ЛИЦО В ПРАВЕ

1. Современные теории юридического суб'екта

Наиболее глубокой частью правовой структуры является, как мы видели, носитель обнаруживающих ценности актов — именно, тот, кто выказывает свое отношение к правовым ценностям, признает их, выполняет деятельность признания, присутствует в ней и переживает ее. Назовем такого носителя актов — лицом. Некоторая самоочевидность убеждает нас, что таким «деятельным» лицом в праве может быть только человек или «физическое лицо» [1]). Именно, человеку принадлежит та «естественная» дееспособность, которая врождена каждому из нас «по природе» и не может быть предметом искусственного юридического установления. Если юридическая теория и признает существование иных, не физических лиц, то, согласно общепринятому мнению, они не могут быть «деятельными» лицами. Если же, однако, за ними признается эта способность деятельности, то только при условии уподобления их жизненному единству отдельной человеческой личности. Если общество, например, есть подобный человеку организм, то почему же ему не обладать в таком слу-

---

[1]) Ср., напр., Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1873, Bd. I, S. 172: „Dem gemeinen Wortgebrauche nach bedeutet persona nicht mehr und nicht weniger als einen Menschen". „Nur die Menschen sind Personen" (S 194). — Dernburg, Pandekten, Berlin, 1902. 7. Aufl., S. 107 Not. 1, 108. — Windscheid-Kipp, Pandekten, I, S. 187 Not. 1 и др.

чае врожденной и самой природой данной способностью к деятельности? Общественный организм, как некоторый «большой» человек, с таким же успехом может осуществлять свою собственную дееспособность, как и «малый» человек, физическое лицо. Но следует заметить, что принятие такого допущения отнюдь не меняет существа вопроса. Свойство «быть деятелем» остается прирожденным свойством физической личности, единичной или коллективной.

Но что же такое представляет из себя эта «физическая личность»? Очевидно, ее нельзя отожествить с материальным субстратом, с личностью связанным; нельзя отожествить также и с простым органическим единством клеток. Едва ли определяют ее также и те элементарные внутренние явления, которые мы называем психическими переживаниями. Ведь не всякое же испытывающее переживания физическое единство может быть «физическим лицом», как «деятелем». Но если ни чисто физические, ни органические, ни элементарно-психологические признаки не определяют существа физического лица, то что же является здесь определяющим? Трудность ответа на этот вопрос привела юридическую теорию и философию права к установлению ряда сложных и по существу своему неправильных гипотез, на изучении которых нельзя не остановиться. Наиболее простым выходом из всех этих затруднений является путь, который предлагают сторонники юридического метода. Поставленный вопрос, по их мнению, и не может быть решен в каком нибудь общем виде. Все дело зависит от характера и особенностей соответствующих норм положительного права. Положительное право может установить в одном случае одно, в другом — другое: оно может приписать свойства дееспособности в одном случае одним лицам, в дру-

как пассивно воспроизводить смысл положительного права путем толкования юридических норм. Юридический суб'ект постольку и признается существующим, поскольку он таит в себе об'ективный логос положительно-правовых норм. И только в некоторые, сравнительно редкие, моменты из-за отвлеченной формы об'ективного права начинает просвечивать живая личность, как носительница действительного правосознания. Моменты эти чувствуются в юридическом учении о дееспособности, где прямо указываются эмпирические и жизненные границы осмысленного существования; они ощущаются при об'яснении и таких юридических понятий как юридический акт, ошибка, заблуждение, обман, из'явление воли посредством других лиц и представительство. Идея осмысленного поведения не может быть отделена также от понятия правонарушения, которое по существу своему сводится к деяниям и упущениям, т. е. к осмысленному поведению. Но вместе с тем лицо, как носитель правовой деятельности, совершенно исчезает, коль скоро юридическая теория начинает говорить о правоспособности, о юридическом лице, об отвлеченном правоотношении и т. п. Во всех этих случаях быть суб'ектом права или носить право отнюдь не значит быть юридическим деятелем. Если здесь говорят о суб'екте, как носителе, то очевидно в каком то особом смысле. Именно, носить «право», может означать не только быть деятелем, *но еще и быть признанной и охраняемой правопорядком ценностью* [1]) Это второе значение понятия суб'ек-

---

[1]) Присутствие этого ценностного элемента в понятии суб'екта права отмечено многими юристами. Ср. *Hölder*, Natürliche und juristische Personen, 1905. S. 111

та права имеет мало общего с первым. Признанной правопорядком ценностью могут быть не только реальные юридические деятели; правопорядок может одинаково считать ценностью и вещи, и человеческие цели, и различные выявившиеся смысловые содержания и коллективы. В таком случае все они становятся носителями прав, самостоятельными юридическими суб'ектами. Таким образом в учении об юридическом суб'екте проглядывает тот ценностный элемент, который по логическому смыслу своему отличен от идей деятельности и активности. Но первоначальное, донаучное мышление подводит и этот элемент под понятие лица. Если что-либо признается юридической ценностью, оно должно иметь характер суб'екта права, лица — так рассуждает донаучное сознание. Другими словами, в персонификации оно видит только единственный способ установления ценностей — обстоятельство, которое позволяет предположить, что донаучному

---

bis 112: „Was ist aber, das unser Recht allen Menschen dadurch zuerkennt, dass es sie unterschiedlos als Personen behandelt? Es ist damit ein Wert bezeichnet, den es ihrem Leben zuerkennt." — J. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907, S. 41: „Wenn wir heute lehren, dass alle Menschen rechtsfähig sind, so ist damit, wie Hölder, leider nur ganz im Vorbeigehen, mit Recht bemerkt, dem Menschen ein Wert zugesprochen, den die Rechtsordnung seinem Leben zuerkennt." — L. Duguit, L'état, le droit objectiv et la loi positive, v. I, p. 161, устанавливая понятие «суб'ективного юридического положения» (situation juridique subjective) подчеркивает в нем момент ценности: „c'est une situation crée par une volonté individuelle consciente d'elle-même . . . ayant comme telle une valeur sociale." — Весьма резко подчеркнут этот момент у Schuppe, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1881, S. 294—5.

сознанию незнакомы никакие другие ценности, кроме персональных.

Здесь находит свое об'яснение инстинктивное увлечение, которое современная теория права питает к идее юридического лица и вообще суб'екта права, — понятию, которое считается едва ли не высшим юридическим обобщением. В учении об юридическом суб'екте современная теория, сама не сознавая того, излагает воззрения действующего права на кардинальные ценности, лежащие в основе современного юридического строя. Такова, например, ценность хозяйственного самоопределения отдельных лиц и союзов частно-правового характера. Считая их суб'ектами права, современный правопорядок санкционирует, охраняет и защищает идею частной хозяйственной автономии. До известной степени и учение о государстве, как юридическом лице, есть своеобразная формулировка и защита ценности централизованных форм публично-правового властвования. Нет сомнения, что в праве социалистического общества идея суб'екта, как ценности, теряет значительную долю своего влияния. При социалистическом строе хозяйствует общество через лиц и силами лиц. Оттого в нем на место множественности хозяйственно-автономных суб'ектов становится единый суб'ект—государство. При крайней стилизации подобного воззрения господство коллективных ценностей может стать определяющим для всей вообще жизни личности. В такой системе отношений нет места понятию хозяйственно самоопределяющегося суб'екта прав, как ценности, однако суб'ект права, как деятель, тем самым вовсе не уничтожается. Осмысливать систему правового поведения коммунистического общества может только тот же самый

«суб'ект», который осмысливает систему поведения в обществе буржуазном.

Принципиальное различие между суб'ектом права, как деятелем и суб'ектом права, как ценностью, всего яснее обнаруживается из сравнения понятия суб'екта права с понятием суб'екта обязанности. В настоящее время считается модным выдвигать на первый план понятие юридической обязанности, но в то же время сущность связи этого понятия с идеей суб'екта остается неразгаданной. Нет никакой принципиальной противоположности между суб'ектом права и суб'ектом обязанности, коль скоро под суб'ектом мы разумеем носителя юридического осмысливания, юридического деятеля. Ситуации управомоченного и обязанного одинаково являются осмысленными, хотя осмысленность эта и идет в направлении двух совершенно различных и самостоятельных модусов: правомочия и долженствования, posse и debere, характеризующих первоначальные особенности юридического отношения, как связи двусторонней [1]). Тот, кто способен устанавливать, реализовать, переживать и осуществлять эту связь, есть «суб'ект», как основной агент правового осмысливания и вытекающей из него деятельности. Он один действует, устанавливая и правомочия и правообязанности. Основные свойства его не изменяются в зависимости от того, какой модус он реализует. Но дело совершенно меняется, коль скоро мы будем рассматривать идею юридического суб'екта с точки зрения ценности. Быть суб'ектом права, как мы уже видели, значит, быть признанной правом ценностью, «быть самоцелью». Легко видеть, что подоб-

---

[1]) Об этом см. гл. V.

ные определения совершенно неприменимы к юридическому суб'екту, как носителю обязанностей. «Быть носителем обязанностей» не только не означает быть ценностью, но скорее означает нечто противоположное: «быть средством для выполнения некоторой цели», «исполнять некоторое заданное назначение», «служить какой-то ценности». Модус правомочия, другими словами, сливается с идеей положительной ценности; модус долженствования стоит в отношении к ценностям, но обладает совсем особым, новым смыслом.

Недостаточное различение идеи лица, как правового деятеля, от идеи лица, как ценности, составляет главное заблуждение всех вышеназванных теорий. И платоновский «большой человек», и государство, и общество, и даже любая фикция, конструкция и гипотеза могут быть признанными правопорядком ценностями. Однако, ценности эти ни в их идеях ни в их реализациях, не могут быть ни этическими, ни юридическими деятелями. Сколько бы мы ни называли их лицами и сколько бы ни наделяли волей, в виде нормы Кельсена или в смысле «чистой воли» Когена, сколько бы ни приобщали к «совокупности», от этого они ни в малейшей степени не приобретут способности деятельности. Юридические конструкции и фикции, и даже духовные лица Когена, совершенно неспособны к выполнению таких актов, как любовь, ненависть, признание и т. п., ибо у них недостает того, что каждому из нас представляется наиболее знакомым и пожалуй наиболее близким, но что в то же время совершенно недоступно какому бы то ни было определению — именно, непосредственной способности к совершению актов и к их переживанию.

3. Нравственный и юридический суб'ект

Следующим весьма существенным недостатком всех вышеназванных теорий является неспособность подняться до истинного уразумения существа и природы носителя и суб'екта этической деятельности. Наиболее распространенное в этических теориях воззрение склонно нравственные явления рассматривать исключительно с точки зрения их внутренней динамики, развертывающейся в автономном сознании личности. В таком направлении, конечно, есть своя доля истины, т. к. существенной чертой добра всегда является его действенность, исходящая из внутренней стихии нашего сознания. Однако, величайшим ослеплением нужно считать взгляд, который ищет добро, нравственность, только в силе личного разума человека. Такой взгляд есть одно из наследий этического рационализма, столь еще популярного в современной философии. [1]). Им грешат даже и те из современных моралистов, которые отвергли этику разумной воли и признали величайшее значение для нравственности духовных эмоций и чувств. Даже они склонны считать, что только «известная ступень» человеческого существования является условием тех актов, которые называются этическими. Сюда относится прежде всего здравый ум или способность полного понимания и разумения; сюда относится далее состояние зрелости и способность владеть собой. [2]) Таким образом лицом в эти-

---

[1]) Здоровая реакция против него намечается в гуссерлианской школе.

[2]) Ср. Scheler, Der Formalismus etc., S. 495 и след.

ческом смысле этого слова может быть признан только разумный человек и ни в коем случае не может быть признан ребенок, слабоумный или животное. С точки зрения нравственного опыта воззрение это следует признать совершенно несоответствующим фактам. Каким образом, например, у ребенка можно отрицать способность действенной нравственной любви и многих других нравственно осмысленных актов? Разве ребенок не может обещать, давать слово, предпринимать внутренние решения и проч? Разве ему недоступен внутренний опыт полного смысла морального делания? Разумеется, с точки зрения взрослого человека нравственная жизнь ребенка представляется некоторым состоянием угашенной или, вернее, еще не пробудившейся разумности, но это не есть состояние безнравственное. В некотором смысле, такое состояние может даже быть нравственно высшим, чем состояние разумности, — вспомним хотя бы евангельский призыв «будьте, как дети». Нравственный лик добра и зла может проглядывать как бы в самой физической природе ребенка на тех ступенях ее развития, на которых даже нет малейших признаков разумности. В данном случае можно уже не описательно говорить о нравственной «природе», в которой добро и зло, как все в природе, не творится, но рождается и происходит. Это может показаться парадоксальным с точки зрения личной моральной рефлексии, но это совершенно естественно с точки зрения чисто об'ективного воззрения на добро и зло. Моральный характер может проявляться даже не только у ребенка, но и у лишенного разума взрослого человека, — безумного, юродивого. Тот вид безумия, который можно назвать «одержимостью», — так называемое «бесовство» и «беснова-

ние», — суть несомненные печати зла, наложенные самой природой, бессмысленной и неразумной. С другой стороны, тихое и светлое безумие, именуемое юродством и являющееся нравственным идеалом восточной религиозной мудрости, есть образец запечатленного добра в стихии, чуждой всему разумному и осмысленному. Более того, мы должны признать, что лики добра и зла могут светится даже в существовании чисто бестиальном. «Никакому другому животному не свойственна эта таинственная сила, немая, и исходящая словно из загробного царства зла» — говорит один художник, изображая природу змеи. «Отвага и храбрость, хорошее оружие и хладнокровие ей не опасны: наряду со множеством магических средств, она располагает еще одним страшным орудием, перед которым бессилен даже герой — способностью вызвать отвращение. Но наряду с этим и многим другим, что таит в себе ее существо, на всех ее движениях лежит демонический отпечаток, напоминающий нам о вечном торжестве зла». И вот другое описание, свидетельствующее, что философ и моралист во многом должен позаимствовать у художника. «Посмотри на коня, животное великое, близ человека стоящее, или на вола, его питающего и работающего ему, понурого, задумчивого, посмотри на лики их: какая кротость, какая привязанность к человеку, часто бьющему его безжалостно, какая незлобливость, какая доверчивость и какая красота в его лике. Трогательно даже это знать, что на нем нет никакого греха» . . . [1]).

---

[1]) Характеристики взяты у Бонзельса и Достоевскаго.

Принимая во внимание все эти факты, никак нельзя сказать, что носителем этической деятельности является «человек». Такое мнение было бы совершенно неправомерным сужением подлежащих изучению явлений. Но еще с меньшим правом можно сказать, что носителем, нравственным деятелем является «признающий» этические нормы суб'ект[1]) или же носитель чистой воли, ставящий цели, наделенный способностью разума и т. п. Нравственная актуальность есть гораздо более универсальный факт, чем это полагают все названные воззрения. Если пытаться определить его наиболее общие границы, то они совпадают с актуальностью жизни, с «живым», как непосредственно деятельным и активным. Там, где наблюдается непосредственный акт жизни, там имеют место и явления нравственного порядка. Внутреннее биение жизни по существу своему есть проявление внутреннего небезразличия, — почва, на которой вырастает добро и зло.

Из всех существующих теорий лица, как деятеля, более всего приближаются к высказанному нами взгляду те, которые отожествляют лицо с деятельным, актуальным или чистым сознанием. Новейшая философия называет чистым сознанием, чистым Я, или чистым феноменом сознание в его непосредственной актуальности, — самый акт сознавания, как он открывается каждому сознающему, живущему и присутствующему в этом акте. Не явление, стало быть, а сама являемость. Такое сознание, созерцаемое нами при известной уста-

---

[1]) Взгляд, на котором построено различие между правом и нравственностью у Кельсена, — различие, составляющее едва-ли не главный пункт всей его теории права и государства.

новке нашего умственного зрения, есть нечто последнее, не нуждающееся в каком либо дальнейшем об'яснении и не могущее быть об'ясненным. [1]) Тот, кто не сознавал и не сознает, тот никогда не поймет, что такое это сознание. Поэтому данность сознания можно описать только тавтологически. При чем следует остерегаться каких либо «научно-построенных» описаний, которые могут только умертвить живую данность сознания. Чистое сознание ни в коем случае не может быть «предметом науки». Превращение в предмет уже выносит его из состояния непосредственнной актуальности, превращает в «явление», составляющее содержание непосредственной являемости, делает чем-то другим, новым, актуализированным. [2]) Оттого изучаемое в психологии сознание не есть «чистое», но некоторая его об'ективация, в свою очередь предполагающая чистое сознание. Отсюда следует несколько парадоксальный вывод, что первоначальное, чистое я, в собственном своем значении не есть ни исторический факт, ни нечто временно существующее. Оно не лежит во времени, но содержание его излучается из

---

[1]) Ср. P. Natorp, Allgemeine Psychologie, 1912, S. 27.

[2]) Ср. Natorp., l, c., S. 28—29. — M. Scheler, Der Formalismus etc. называет «лицом» нечто по идее своей близкое к такому чистому сознанию. „Person ist die konkrete, selbst wesenhafte Seinseinheit von Akten verschiedenartigen Wesens“... Das Sein der Person ist nie Gegenstand“... „Die einzige und ausschliessliche Art ihrer Gegebenheit ist... allein ihr Aktvollzug selbst (auch noch der Aktvollzug ihrer Reflexion auf ihre Akte), — ihr Aktvollzug, in dem lebend sie gleichzeitig sich selbst erlebt“... „Wer also... unter „Bewusstsein von etwas“ alle intentional gerichteten und sinnerfüllten Akte ... versteht, der mag und darf die Person auch als das konkrete „Bewusstsein-von“ bezeichnen“. (S. 397—407).

недр сознания во временный процесс[1]). Но в то же время, разумеется, чистое сознание не есть простое ничто. Единственное определение, подходящее к обозначению чистого сознания, есть идея чистой возможности. Чистое сознание есть возможность, коррелат возможным предметам или возможный суб'ект возможных актов — в таких определениях нет ничего, нарушающего чистоту сознания в его непосредственном динамическом значении. Чистая возможность есть также нечто первоначальное, невыводимое; она также не может быть предметом, так как превращение в предмет превращает ее в действительность, в временный факт. Скорее она есть центр отношения возможных фактов — и в таком качестве противостоит каждому временному факту, как нечто совершенно не фактическое.

Положительной стороной теорий чистого сознания является то, что им удается схватить феномен актуальности в его истинно непосредственном существовании. Однако, схватывают они его в особой и несколько суженной установке, — именно, в установке новейшей гноселогии с ее учениями о трансцедентальной апперцепции, чистом Я или гносеологическом суб'екте. Подобный суб'ект или слишком формален и пуст для того, чтобы быть носителем нравственных актов, или же понятие о нем образовано на основании наблюдения высших стихий моральной сферы, — именно стихии самосознания и сознательного самоопределения. Таким образом идея актуальности суживается этими теориями до пределов актуальной жизни самосознающего Я и исключает всю подсознательную и сверхсознательную жизнь.

---

[1]) Natorp, l. c., S. 32. Шелер называет феномен лица психически-нейтральным и даже транспсихическим.

Предполагается, что состояния парапсихические, состояния не обладающей самосознанием, например, животной жизни, и даже высшие духовные состояния, на которых самосознание погашается, например, состояния экстатические, не могут быть носителями добра и зла. По нашему мнению, область воплощения нравственных ценностей совпадает с областью жизни вообще и потому носителями моральных актов могут быть не только все вышеназванные состояния, но и вообще все состояния актуальной жизни. Моральным характером не может обладать только мертвое. В нем могут реализоваться только эстетические ценности, — мертвая природа может быть прекрасной или безобразной, но нравственно она безразлична. Она может вредить или быть полезной, но внутри себя, в самой себе она не может носить добра или зла. Зато жизнь, повидимому, начиная с низших и кончая ее высшими сферами, есть по преимуществу арена борьбы добра со злом. И актуальное биение жизни есть стихия, специально предназначенная для воплощения и реализации нравственных ценностей.

Неправильно было бы думать, что разбираемая здесь точка зрения просто хочет растворить нравственность в «творческом жизненном порыве». Она только утверждает, что там, где проявляется чистый и разумно слепой «élan vital», могут уже наблюдаться нравственные феномены. Но это, разумеется, низшие и элементарные проявления нравственности, — нравственность в ее природном существовании, в котором мы наблюдаем такие, нравственно небезразличные факты, состояния и деятельности, как симпатия и антипатия, дружелюбие и враждебность, кротость и злоба, склонность к общительности и замкнутость в себе. Другая, высшая область нрав-

ственности ближайшим образом связана с существом духовной жизни и с характеризующими ее состояниями и деятельностями. В свою очередь в ней нельзя не заметить своеобразных различий и ступеней. Низшая из них есть ступень моральной сознательности и рефлексии, обыкновенно принимаемая новейшими моралистами за единственно возможную форму моральной деятельности. Характерными моментами ее является прежде всего известный гнозис, т. е. стремление разумно опознать существо и смысл нравственных ценностей, диктуемых ими предназначений и целеполаганий; далее, так называемая, автономия или способность к сознательному и лично определяемому нравственному деланию; наконец, личная уверенность, как выражение непосредственного личного участия в жизни добра и зла. Эта ступень и есть, в сущности говоря, ступень морального самосознания, актуальную жизнь которого мы наблюдаем в чистом сознании или в чистом Я, как о нем учит новейшая философия. Но никогда не нужно забывать, что существуют и еще более высшие ступени нравственности, — те ступени проникновения добром, в которых погашается всякая рефлексия, всякий гнозис. На них добро настолько проникает жизнь, что сама жизнь становится полнотой добра. В таких состояниях исчезает всякий момент стремления к чему-то высшему, ибо оно уже — «здесь», присутствует и действует во всей своей полноте. К ним не применима идея нравственной автономии, предполагающая, что добро еще не достигнуто, но только может быть достигнутым. Здесь снимается даже и идея ответственности, подразумевающая также неполное проникновение добром. Это — стадия морального экстаза, которым владеет добрый демон. Не лицо, а о н является в них истинным де-

ятелем. Рассматривая их с точки моральной рефлексии, мы начинаем чувствовать, что уже не мы являлись здесь самоопределяющимися лицами, но какая-то добрая сила руководила нами и заставляла нас делать то, что мы совершили.

Для нас представляется совершенно ясным, что правовые акты могут иметь место далеко не на всех означенных ступенях нравственности. Носителем их не может быть прежде всего низшая ступень нравственности, — область господства élan vital. Но им чужда также и высшая нравственная ступень, — ступень нравственного экстаза. И там и здесь одинаково нет места признанию, — этому основному акту, в котором проявляются правовые ценности. Признание есть акт, возможный только на средних ступенях моральной жизни, на ступенях рефлексии и гнозиса. Правовым суб'ектом, как деятелем, может быть только то лицо, которое способно совершать акты признания и сопереживать их. Другими словами, область права значительно совпадает с способностью совершать акты, которые можно назвать сознательными и разумными.

В сказанном находит свое об'яснение тот всем известный факт, что животные могут быть суб'ектами права, как ценностями, но не могут быть суб'ектами права, как деятелями. Факт этот совершенно очевиден, и только недостаток размышления может побудить к сомнению в его истинности. В самом деле, животное существование по природе своей может обладать, если не самостоятельной, то утилитарной ценностью. И положительное право может признать «суб'ектами права» животных, защищая их и охраняя. Но ни одна правовая система не может признать животное правовым деятелем. Нельзя заставить животное защищать свои интересы на

суде, занимать ответственную должность, быть опекуном, представителем или поверенным. Животные не входят фактическими правовыми деятелями в правовое общение, так как не обладают способностью совершать те акты, которые способен совершать человек.

Можно понять также, почему те нравственные системы, которые признавали ценность только высших, экстатических ступеней нравственной деятельности, равнодушно и даже отрицательно относились к праву. Им также была чужда и далека деятельность разумного признания, составляющая основу всякого правового общения. Отношения существ, находящихся в стадиях нравственного экстаза, не могут быть построены на праве и не знают права. Им право не нужно с высшей точки зрения, как животному существованию оно не нужно с низшей.

Глубокая инстинктивная мудрость лежала в старом воззрении юристов, что суб'ектом права может быть только человек, — конечно, суб'ектом права, как деятелем. Не физический человек и не суб'ект научной психологии, но человек, как единственный известный нам носитель актов признания; иными словами, сознательный и разумный человек или, на языке юристов, человек граждански зрелый, обладающий здравым умом и твердой памятью. Факты зрелости, сознательности, разумности суть внешние проявления непосредственных состояний внутренней духовности, внешние обнаружения внутренней актуальности сознания. Если иметь в виду их внутреннюю сторону, в установлении ее юрист совершенно не волен. Он принужден считаться здесь с некоторыми непосредственными данностями, наличностью которых обусловливается основное свойство

суб'екта,—дееспособность. Единственный простор, который предоставляется юристу при принятии этих данностей, — это условно установить срок наступления сознательности и зрелости, а также условиться в общепризнанном определении их признаков. Такую задачу и выполняет положительное право с его нормами, обобщениями которых является юридическая теория. Нормы положительного права по большей части и суть такие условные установления, сделанные по поводу некоторых, чисто фактических данностей. Если выразить законодательные положения в нормативной форме, то они приблизительно формулируются так: «должно считать зрелым в 21 год», «здравым умом должно считать такое-то душевное состояние» и т. п. Положительное право может различно уславливаться относительно признаков сознательности и зрелости человека, но оно никак не может провозгласить сознательным явно помешанного или зрелым — годовалого ребенка. Нормальные определения положительного права устанавливаются в рамках указанных фактов и не могут выходить за их пределы.

Для того, кто привык считаться только с нормами положительного права, факты эти часто отодвигаются на второй план и при некоторых условиях могут просто исчезнуть с поля умственного зрения. Вращаясь только в области условных определений и искусственных установлений, мы невольно утрачиваем способность к усмотрению существенных, фактических отношений. Философия юридически-должного и есть философия положенного и установленного, которое возведено на степень особой категории, особого модуса мышления. Но если отправляться не только от того, что люди считают правом,

если исходить от идеи права вообще, независимо от человеческих установлений и исторических учреждений, — эта фактическая сторона правовых явлений необходимо выступает на первый план и приобретает даже доминирующее значение. Таким «фактическим» существом является и правовой суб'ект со всеми его основными свойствами.

Феномен правового суб'екта, как носителя актов и как деятеля, отнюдь не утрачивает своего фактического характера, коль скоро идет дело о действиях лиц, являющихся носителями каких-либо посторонних им, самостоятельных сверхличных целей, интересов или ценностей. Было уже сказано, что последние не могут быть носителями актов, не могут иметь поведения. Однако, поведение лиц может обусловливаться ими. Разница между поведением лица, выступающего «за себя» и поведением лица, действующего» «за другого», «во имя другого», «в интересах другого», есть разница в принципах и основах действий и разница в мотивации. С точки зрения лица, как носителя актов, к этой разнице и сводится весь спор о так называемых юридических лицах. Сами юридические лица не могут совершить актов, если только они не являются самостоятельными, живыми и способными к деятельности признания существами. Акты совершаются «за них» и «именем их» и выполняются реальными юридическими деятелями. Таким образом с точки зрения лица, как деятеля, проблема юридической личности сводится к вопросу об особом характере осмысливания нашего поведения. Неправильно думать, что такой взгляд является утверждением крайнего юридического номинализма, на подобие воззрений Рудольфа фон-Иеринга. Напротив, мы всячески склонны защищать актуальность «всеобщего» в праве, но только

мы не считаем возможным приписывать ему способность совершать акты. В юридической жизни постоянно выступают, в качестве ценностей, различные, сверхперсональные содержания, — сверхличные ценности, цели, интересы, однако реальными деятелями в ней все-же остаются люди, и только одним им свойственна способность совершать сознательные и разумные акты.

Глава IV

ЦЕННОСТЬ В ПРАВЕ

1. Идея ценности в современной философии

Учение о ценностях или аксиология составляет важнейшую часть современной западной философии. Никогда еще, за многие столетия развития человеческой мысли, учение о ценностях не играло столь значительной роли в философских исследованиях, какую оно играет в наши дни. Мы не имеем в виду вскрывать здесь все сложные причины этого явления, но не можем не отметить тесной связи его с философским духом нашей эпохи. Современная теория ценностей ближайшим образом связана с научным характером современной философии, всецело вытекает из него и является его последним словом. Построить теорию ценностей — это прежде всего означает «в чисто научной форме» преодолеть два главнейших течения современной этики, —

нравственный релятивизм и кантианский формализм[1]). Это означает, далее, поднять этику до ее истинно научных основ, которые философия должна узреть с некоторой безусловной очевидностью. Ценности суть род «идеальных об'ектов», между которыми наблюдаются особые научно-познаваемые отношения и связи, особый независимый от опыта, априорный порядок[2]). Теория ценностей, как нередко подчеркивается ее современными сторонниками, совершенно независима от метафизики и религии. Если бы вообще не было Бога, наше познание ценностей от этого не потеряло бы значения; только мы не имели бы никакого ручательства в том, что мировое целое и мы в нем будут вечно подниматься к высшим ступеням[3]). Нельзя не видеть, что с этой своей стороны теория ценностей ближайшим образом связана с столь характерным для новой западной философии стремлением к построению чисто светской этики. Научная этика не имеет нужды быть религиозной; но, с другой стороны, учение о ценностях не может не составлять основу метафизики и даже религии. Уже для того, чтобы построить понятие бесконечно совершенного существа, как замечает один из представителей этого направлния, необходима идея ценности, т. к. Бог мыслится нами, как наивысшая ценность, которой нельзя противопоставить нечто более совершенное. Совершенство

---

[1]) M. Scheler, Der Formalismus in der Ethik etc., S. 89.

[2]) Ibid., S. 16.

[3]) „Auch wenn es keinen Gott gibt, bleiben somit unsere Werterkenntnisse bestehen; nur schwindet jede Garantie dafür, dass das Weltganze und wir in ihm zu immer höherem geistigen Leben emporgeführt werden“. Kraus, Die Grundlagen der Werttheorie. Jahrbücher der Philosophie, 1914, S. 28.

Бога и состоит в том, что он не только познает все ценности и превосходства, но от вечности необходимо желает наиболее лучшего[1]).

Мы всего менее имеем в виду отрицать положительные научные заслуги этого новейшего учения о ценностях. Нужно считать бесспорным фактом, что в общем составе нашей оценивающей деятельности мы постоянно встречаемся с мотивациями не только служебными и производными, но и с первичными, самодовлеющими. Многое мы считаем ценным не потому, что оно чему либо соответствует, но потому, что оно ценно в себе — самоценно. В наших самодовлеющих оценках и проявляются безусловные ценности. Данность, с которой мы их усматриваем, имеет характер истинной достоверности и указывает на присутствие самого предмета в познавательном акте. Поэтому познание ценностей обладает характером самоочевидности. Это не подлежит никакому сомнению в таких наиболее простых суждениях, ценности, как «мне приятно», «больно»; но не менее этот характер выступает в более сложных ценностных суждениях, как например, «этот поступок героичен», «это—святое дело» и т. д. Высказывая такие суждения, мы высказываем их, как об'ективные истины, а не как суждения личного вкуса. Трудно оспаривать также, что в пределах познания ценностей возможно нахождение ряда априорных и обладающих достоверностью аксиом, например, что ценности распадаются на положительные и отрицательные, что одну и ту же ценность нельзя считать и положительной и отрицательной вместе, что в отношениях ценностей наблюдается некоторый об'ектив-

---

[1]) Ibid.

ный порядок, некоторая иерархия и т. д.[1]). Словом, новейшая теория ценностей открывает перед нами новую область фактов и отношений, которую можно различно истолковывать, но существование которой едва ли подлежит сомнению со стороны беспристрастного наблюдателя и исследователя.

Вот это истолкование открытых новейшей теорией фактов и составляет первый предмет нашего интереса. Новейшая теория, как мы видели, пытается оторвать учение о безусловных, самодовлеющих ценностях от всякой связи с метафизикой или религией. Она превращает учение о ценностях в своеобразную чистую теорию, как бы в mathesis pura, предметом которой являются некоторые чистые идеальные содержания. Учение о ценностях с этой точки зрения как бы уподобляется чистой логике или математике. Само собою ставится вопрос, достаточна ли такая теория для проблемы ценностей во всей ее полноте, составляет ли она предельное достижение учения о ценностях, на котором следует остановиться и далее которого не следует уже итти?

Построение чистой теории составляет конечную задачу нашего познания. И может показаться на первый взгляд, что таков должен быть и последний шаг познания ценностей. Однако, есть большая разница между построением теории безразличных с точки зрения ценности предметов и познанием предметов предпочтения, предметов любви и ненависти, предметов положительного или отрицательного интереса. Пусть познание этих предметов обнаруживает максимальную степень адекваций,

---

[1]) Построение этой аксиоматики ценностей является заслугой Франца Брентано и его школы.

пусть суждения о них самоочевидны, однако же, тем самым, что они суть предметы предпочтения, в них положен ряд свойств и особенностей, в простом предмете познания не содержащихся. Существенным свойством теоретических истин является не только адеквация с действительностью, но еще и наличность всеобщности. Но всеобщность не может принадлежать суждениям о ценности в такой степени, в какой она принадлежит истинам теоретическим. Справедливо указывают, что идея ценности предполагает некоторое разделение, подразумевает противопоставление и ведет к расслоению[1]). Необходимой обратной стороной ценности является «неценное», или, другими словами, положительная ценность всегда предполагает противоположную, отрицательную. Отрицательный момент в понятии ценности играет совершенно особую роль. Для предмета чистой теории совершенно безразлично, отрицается ли он или нет. Отрицание ничего не прибавляет к его существованию и ничего не убавляет в нем; отрицание не дает здесь никакого нового существования. Отрицание ценности, напротив того, порождает новую отрицательную ценность. Но поскольку идея ценности несет с собой разделение, постольку суждение о ценностях по своей всеобщности необходимо ограничено, — именно, пределами положительного и не может охватывать отрицательного. Она не может относиться ко «всему вообще», но только к части «всего». Суждение о ценностях не может обладать той степенью всеобщности, какой обладают суждения о безразличном бытии.

---

[1]) J. Cohn, Die Erkenntnis der Werte und das Vorrecht der Bejahung. Logos, 1921, S. 211.

Дальнейшая особенность суждений о ценностях по сравнению с теоретическими истинами заключается в том, что первым всегда свойственна некоторая степень, истины же всегда равны между собой. «Все истинное — одинаково истинно, хорошее же не все одинаково хорошо»[1]). В силу этой особенности суждениям о ценностях не может быть присуща та степень безусловности, которая присуща теоретическим истинам. Ни одна ценность, строго говоря, не может довлеть себе, кроме разве последней высшей ценности[2]). Напротив того, в мире ценностей мы всегда имеем дело с отношениями, с иерархическим порядком. Здесь нельзя отрывать один момент от другого — главное, от последних вершин всей системы. И если в метафизике и религии мы приближаемся к этим вершинам, то полный отрыв от них теории ценностей не может быть никак оправдан.

Есть полное основание предполагать, что необходимость метафизического и религиозного об'яснения неизмеримо более ощущается при познании ценностей, чем при познании простого безразличного бытия. Оттого теоретические науки о бытии более имеют право на независимое от метафизики и религии существование, чем теория ценности. Логика, математика и физика могут строиться так, как если бы вообще не было Бога. Методологически установка на безбожие есть правильный технический прием всякой чистой теории бытия. Не следует только этот методологический прием превра-

---

[1]) Kraus, l. c., S. 14.

[2]) Основание, в силу которого Шопенгауэр отрицал вообще идею безусловной ценности и настаивал на релятивизме.

щать в миросозерцание, как это часто делала западная философия. Совершенно иное наблюдаем мы в области изучения ценностей. Здесь установка на безбожие есть технический прием, полезность которого менее несомненна. Ценность не просто существует, но всегда обнаруживает некоторый плюс: потому она и ценность, что обладает предпочтительным правом на существование. Этот плюс необходимо требует об'яснения, и отсутствие такого об'яснения всегда чувствуется, как некоторая пустота. Когда указывают на то, что «честность», «искренность», «стойкость», «справедливость», суть положительные ценности, невольно ставится вопрос, почему это так? Привлекательность популярных гедонистических и утилитарных теорий ценности об'ясняется тем, что они дают об'яснения, которые, несмотря на всю слабость и элементарность, все же являются об'яснениями. «Честность доставляет удовольствие», «искренность полезна» — говорят людям, и они чувствуют удовлетворение. Наличность плюса становится как будто бы более ясной. Легко показать всю поверхностность подобных об'яснений, однако, значит ли это, что вообще всяким об'яснениям здесь нет места? Достаточно ли успокоиться на утверждении, что честность ценна, потому что она ценна, что она есть самодовлеющая ценность — и более ничего? Бесспорно, человек, служащий честности бескорыстно и старающийся быть искренним из любви к искренности, впервые становится на путь истинно нравственного опыта, но значит ли это, что у него раз навсегда исключена возможность какого либо дальнейшего истолкования? Когда он верит, что будучи честным, он служит Богу, — значит ли это, что он отрезывает себе путь к правильному познанию ценностей?

2. Идея ценности в русском религиозно-философском сознании

Отношение учения о ценностях к метафизике и религии обнаруживает некоторые трудности, с которыми не всегда достаточно считаются. Общепринятый взгляд считает, что идея ценности допускается любой метафизикой и любой религией и что миросозерцание, отрицающее идею ценности, просто является нигилизмом. Такой взгляд соответствует истине, если иметь в виду западно-европейскую философию и западное религиозное сознание, но он значительно теряет в своей несомненности, если обратиться к воззрениям восточной мудрости. В частности, нашему русскому миросозерцанию весьма далека идея ценности в западно-европейском смысле этого слова; и, пожалуй, нигде она не подвергалась столь решительному сомнению, как у нас в России.

С метафизической точки зрения ценность есть ничто иное, как идея совершенства, в той или иной степени, с тем или иным приближением могущая быть достигнутой в пределах посюстороннего мира. Достижение ценностей и их воплощение в посюстороннем бытии образуют различные реальные состояния, характеризующиеся признаком особой положительности. Ценности, воплощенные в действительной жизни лиц, суть состояния добродетелей, как, например, состояние героизма, святости и т. п., воплощенные же в реальном бытии вещей и событий, суть блага, как, например, блага порядка, культуры, цивилизации. Состояния добродетели или блага, раз достигнутые, свидетельствуют, что сама наша жизнь и эмпирический мир, в котором мы живем, суть ничто иное, как некоторые ступени приближения к абсолютному, как шаг к совершенству. До-

стижение такого состояния не может не обнаруживать момента особого достоинства, присущего опытному существованию, если угодно, момента известного довольства и гордости. Соприкасаясь с ценностью, эмпирическое существование как бы утрачивает свое ничтожество, как бы выходит из пребывания в пределах бренности, и вступает в область славы мира сего[1]). Оно обретает основы своего собственного существования и начинает жить уже не в сознании собственной нищеты, но в достатке тех даров, которые им приобретены и достигнуты. Оно становится самоцелью, приобретает нравственно оправданную способность самоопределения, — способность, освященную той ценностью, которая в нем приобрела своего носителя.

---

[1]) «Ведь каждый из нас, не героев, хотя бы раз в жизни, с большей или меньшей степенью сознательности, должен был решить для себя, как решает Раскольников: «тварь-ли я дрожащая» или «право имею», «ядущий» ли я или «ядомый»? И этот вопрос, повидимому, самого широкого и общего всемирно-исторического созерцания, здесь неразрывно связан с главнейшим нравственным вопросом всякой отдельной человеческой жизни, всякой отдельной человеческой личности. Не решив его и умом, и сердцем, или решив только умом, или только сердцем — нельзя жить, нельзя шагу ступить в жизни». Эти слова Мережковского («Толстой и Достоевский», 3 изд., 1909, т. II, ч. I, стр. 92) отлично определяют момент опознания в себе ценности, служащий одной из глубочайших основ идеи права. Отрицательные стороны этого момента стилизованно изображал Достоевский в «Подростке»: «Мне нужно лишь то, что приобретается могуществом и чего никак нельзя приобрести без могущества: это уединенное и спокойное сознание силы! Вот самое полное определение свободы! Я начертал, наконец, это великое слово... Да, уединенное сознание силы — обаятельно и прекрасно. У меня сила — и я спокоен». Об отношении этого понятия «могущества» к праву см. ниже.

Таково, по нашему мнению, существо учения о ценностях в предварительном метафизическом освещении, — и мы утверждаем, что многие стороны и черты нашего русского понимания жизни далеки от него и ему чужды. «Вы славны, а мы бесчестны; вы сильны, а мы немощны .. Мы уроды Христа ради» .. — так выразил один старый русский деятель существо русского миропонимания в противоположность западному[1]). И выразил в высшей степени точно. Уродство или юродство, как один из основных идеалов русского нравственного сознания, менее всего соединим с учением о ценностях. Юродство не только не есть обнаружение какого нибудь достоинства, добродетели, силы, славы, гордости, особых даров, нравственного самоопределения, но как раз, наоборот, проявление эмпирической слабости, самовоплощение ничтожества и бренности[2]). И как раз в этих состояниях русское сознание усматривает путь наиболее верного приближения к высочайшему. Ошибочно думать, что состояние юродства обнаруживает особые ценности, противоположные западным, что русское сознание является своеобразным процессом переоценки всех ценностей. Мы, русские, более ра-

---

[1]) Протопоп Аввакум.

[2]) Ср. Б. П. Вышеславцев, Русская стихия у Достоевского, 1923, стр. 24 и след.: «Вся жизнь князя Мышкина сплошной хаос и беспорядок, он человек в движениях, светски неприличен, неудержим в слове, в выражении внезапных чувств, неистов в своих об'ятиях, протянутых навстречу людям... Русское добро часто принимает этот неуклюжий вид... Но поразительно об этом говорит сам князь Мышкин: «Я всегда боюсь моим смешным видом скомпрометировать мысль и главную идею. Я не имею жеста. Я имею жест всегда противоположный, а это вызывает смех и унижает идею. Чувства меры тоже нет, а это главное, это даже самое главное» ...

дикальны, чем Ницше. У нас дело идет не о «переоценке всех ценностей», но о выходе за пределы самой идеи ценности. Для нас нравственное достигается не восхождением на высшие ступени совершенства, но особыми актами приближения к абсолютному, обнаруживающимися только на особых глубинах человеческой души. Путь достижения абсолютного есть путь открытия метафизической бездны, путь соприкосновения с беспредельным. Бездна души должна встретиться с бездной мира. Отсюда проистекают известные в русском философском сознании изображения душевной стихии человека, как стихии хаотической. Хаос этот не есть феномен отрицательный, напротив, в нем ощущается близость к истинно беспредельному. Уход от него есть показатель некоторой духовной слепоты и ограниченности. Его обнаружение, напротив, является показателем духовной гениальности и широты. Кто бежит хаоса, тот хочет замкнуться в своей ограниченной конечности и оторваться от беспредельного и абсолютного.

Можно ли к идее хаоса применить понятие ценности? Конечно, при названном толковании хаотическая стихия обнаруживает некоторые положительные признаки, однако, чисто служебного характера. Хаотическое в душе человека ценно постольку, поскольку оно является путем, открывающим доступ к высшим сферам. Никакого значения самостоятельной, самодовлеющей ценности оно не имеет и иметь не может. Такой вывод содержит в себе до некоторой степени и указание на философские границы названного воззрения. Если в нем дело идет только о путях и средствах, то, разумеется, оно не может претендовать на безусловность. Всякое средство — всегда относительно, применение его

всегда зависит от условий и обстоятельств. Неоспоримым достоинством названного средства является его динамический, так сказать, характер. Существо его сводится к погружению в движение противоположностей, к соприкосновению с крайностями, к под'емам и провалам. Путь этот не сулит покоя и отдыха, он есть путь глубокой душевной трагедии[1]). Но здесь также лежит и его недостаток. Полагать, что в результате подобной трагедии получится необходимо под'ем, как это иногда думают, означало бы исповедывать излишний и необоснованный оптимизм[2]). Нет ровно никакой необходимости в том, что нижайшие ступени падения будут вести за собой под'ем на высшие ступени[3]). Провалы могут быть и столь решительными, что, по крайней мере в пределах этого мира, закроют всякий путь к дальнейшему под'ему. Путь зла в пределах этого мира не всегда ведет к добру.

Тот, кто будет оспаривать эти выводы и отстаи-

---

[1]) Как это глубоко понимал Достоевский в известном месте своего дневника.

[2]) В вульгаризованной формулировке мысль эта сводится к известному утверждению, что «путь ко Христу лежит через Антихриста». Отсюда — своеобразное оправдание преступления, как средства, открывающего бездну.

[3]) В вышецитированном очерке Б. П. Вышеславцева высказывается следующая мысль, которая пытается об'яснить сущность необходимости перехода от падения к возвышению: «в сущности есть аффект, жажда бытия, которая не может остановиться на разрушении. Как это ни странно, в самом разрушении есть бессознательный аффект бытия, жажда какой-то полноты, невоплощенной в этой остановившейся и затвердевшей жизни. Встретившись с чистым небытием, аффект бытия поворачивает назад, он не хочет конца, он хочет бесконечности».

вать безусловную общезначительность названного пути, впадет в обычную ошибку, — в абсолютизацию средств. Помимо общих формальных соображений, ошибка эта обнаруживается и чисто метафизически. Вера в то, что, доводя душу до соприкосновения с бездной, открывая ее действию хаотических сил, мы доходим в то же время до высочайшего, покоится на глубоком смешении понятий. Метафизическая бездна, «беспредельное», отнюдь не являются высшими метафизическими стихиями. Нельзя не вспомнить известного в философии различия потенциальной или дурной бесконечности от бесконечности актуальной или положительной. Душевный хаос есть одно из самых ярких воплощений «дурной бесконечности», — пожалуй, более яркое, чем то фихтеанское бесконечное стремление, с которым боролся в своей этике Гегель. Хаотическое и беспредельное есть стихия различных возможностей, не воплотившихся еще в действительности, не достигших актуализации; это есть неопределенная полнота возможностей — и только. В тот момент, когда неопределенность беспредельного выявляет из себя какие-либо нравственные определения, хаос достигает некоторых оформлений, перестает быть хаосом. И тот процесс поднятия и очищения русской хаотической души, о котором с такой любовью говорит Достоевский, есть несомненно процесс преодоления хаоса. Это есть процесс «самосохранения», «самоспасения», «восстановления». Если понятия эти не толковать чисто биологически, они могут означать только одно: бездна души вмещает в себя какое-то положительное совершенство. Она приобщается, другими словами, к ценности и становится причастной не потенциальной, но положительной нравственной бесконечности.

3. Обоснование ценностей

Существуют различные типы метафизического и религиозного обоснования ценностей, — и из них наиболее простой и наиболее отвечающий западному сознанию есть путь метафизического имманентизма. Значение ценностей, с точки зрения этой теории, определяется их особенностями в пределах этого, посюстороннего мира. То, что мы называем ценным, ценно потому, что оно фактически и опытно обнаруживает свое жизненное преимущество перед неценным. А так как в пределах этого преходящего и изменчивого мира высшим злом является полное эмпирическое уничтожение, прекращение временно-фактического бытия, то нельзя не считать в его пределах ценностью всего, в бытии пребывающего, сохраняющего существование, обладающего той или иной степенью устойчивости. Conatus sui conservandi, устойчивость, постоянство и суть основы для определения ценности посюсторонних вещей. Воззрение это, ведущее свое начало из весьма древних источников[1]), особое развитие получило в различных позитивистических системах новейшего времени. «Везде, где происходит оценка поступков и действий», — говорит один из представителей этого взгляда,—«они относятся прямо или косвенно к какому либо желаемому или же достигнутому устойчивому состоянию, которое оценивающим признается состоянием высшим»[2]). С суб'ективно-психо-

[1]) Можно указать на Спинозу с теми многочисленными и древними влияниями, из которых исходила его теория самосохранения конкретных вещей. Ср. мою книгу «Науки естественные и общественные».

[2]) Petzold, Einiges zur Grundlegung der Sittenlehre, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie. Bd. 18 (1894). S. 236.

логической стороны ценными мы считаем те переживания, которые обладают относительным постоянством. А так как постоянство в известной степени равнозначно с законообразностью, то ценностями можно назвать не только постоянные, но и законообразные проявления нашей внутренней жизни, в частности наши постоянные стремления и волеизлияния[1]). Это суть состояния «виртуальной стабильности» или наивысшей способности самосохранения. Вообще в природе господствует закон «стремления к устойчивости», составляющий, по словам Фехнера, «качественное дополнение к закону сохранения энергии»). Этот закон проявляется не только в индивидуальной жизни отдельного человека, но он господствует также и в жизни человеческих обществ. Развитие человечества — не бесконечно. Оно имеет свою конечную цель, свой предел. Конечною целью человеческого развития является достижение такого состояния, в котором уже не будет никаких изменений, — состояния «виртуальной стабильности». Такое состояние и является высшей социальной ценностью, — социальным идеалом[3]).

---

[1]) F. Krueger, Der Begriff des absolut Wertvollen als Grundbegriff der Moralphilosophie, 1898, S. 35 ff.

[2]) Petzold, l. c., S. 73.

[3]) Ibid, S. 201 . Ср. приводимое Пецольдом определение «идеала» у Авенариуса. „Die denkbar günstigste Bedingung für die Erhaltung des Gesamtsystems würde es sein, wenn kein Teilsystem sich durch Verminderung, sondern jedes durch Vermehrung des vitalen Erhaltungswertes anderes sich behauptete, so dass als das „vollkommene Verhältnis“ der Fall zu bezeichnen wäre: wenn jedes einzelne Teilsystem sich unter der denkbar grössten Vermehrung des vitalen Erhaltungswertes der denkbar grössten Anzahl anderer Teilsysteme und somit auch das Gesamtsystem selbst sich unter denkbar grösster Vermehrung des vitalen Erhaltungswertes jedes einzelnen Teilsystems vollständig behauptete“...

Основные аксиомы, лежащие в основании этого воззрения, можно формулировать в следующих положениях: 1) факт временного бытия сам по себе есть уже положительная ценность; 2) небытие во времени само по себе есть отрицательная ценность. Отсюда следует, что каждое, хотя бы самое мгновенное, временное существование выше несуществования, и что каждое более длительное временное существование представляет большую ценность, чем менее длительное, и что, наконец, предельной, высшей ценностью является бесконечная длительность во времени или вечность. Доля истины, содержащаяся во всех этих положениях, не может затушевывать их общей очевидной ошибочности. Временное существование не есть, разумеется, факт, с точки зрения ценности совершенно безразличный. В очевидности этого убеждает нас аксиома, формулированная Брентано и его школой и затем принятая Шелером: «существование положительных ценностей есть положительная ценность»[1]). Иными словами, ценность не проигрывает от того, что она осуществляется и реализуется. Напротив того, при реализации идеальных ценностных содержаний образуются факты, также имеющие ценность. Однако, не факт временного бытия сам по себе служит основой ценностных свойств, но только его соединение с идеальной ценностью. Не будь этого соединения, факт временного бытия сам по себе не обладал бы никаким, ни положительным, ни отрицательным значением. Если бы было иначе, мы дошли бы до выводов нелепых и отрицающих самую возможность положительной и отрицательной ценности, — отрицающих возможность добра и зла. Мы должны бы-

---

1) Scheler, Der Formalismus etc., S. 79.

ли бы признать, что, если отрицательная ценность обладает более длительным и прочным временным существованием, то она тем самым приобретает большую положительную ценность. Зло, временно упрочившееся более, чем добро, становилось бы добром, а добро, потерявшее способность устойчивости во времени, стало бы злом. Зло, упрочившееся навек в этом временном мире, тем самым стало бы верховным добром, еслибы всякое добро, по сравнении с этим злом, обладало бы менее прочным характером. Нелепо было бы при таких выводах бороться с реальным злом, т. к. борьба с ним есть его уничтожение, т. е. лишение его существования, другими словами, лишение положительной ценности. Человек, который стал бы на подобную точку зрения, принужден был бы разрешать вопрос о ценности мерой «виртуальной устойчивости» вещей и отношений; так что физические вещи, более устойчивые, чем организмы, ему пришлось бы считать воплощениями высших ценностей по сравнению с жизнью; тех же существ органического мира, которые обладают большей устойчивостью, чем человек, — например, низшие растения и бактерии, — пришлось бы считать высшими, чем человек. Позитивисты совершают прямую непоследовательность, не придерживаясь этого мнения, которое логически вытекает из их предпосылок. В действительности, способность устойчивости является действительной положительной ценностью только тогда, когда в основании ее заложен уже какой нибудь ценностный принцип: например, в пределах духовного существования то существо более совершенно, которое более устойчиво; это означает, что идея духовности уже предполагает идею ценности: поскольку в реальной духовности осуществлена уже ценность, постольку более длительное

духовное существование более ценно, чем менее длительное[1]).

Из совершенно противоположных предпосылок исходит тот способ обоснования ценностей, который можно назвать трансцендентным. Аксиома: «существование ценности есть положительная ценность», лишена для этой теории какого нибудь значения. Для нее существование, воплощение, реализация суть явления, которые в ценностном отношении не играют ровно никакой роли. Для ценности в высшей степени безразлично, осуществляется ли она в эмпирическом мире или не осуществляется. Временное бытие с точки зрения ценности является столь глубоким ничтожеством, что при соприкосновении с ним ценность может только утрачивать свои свойства. Очень трудно привести пример философского или религиозного миросозерцания, которое последовательно проводило бы эту точку зрения. Такое учение должно было бы полагать, что в пределах этого мира вообще ничего не может быть достигнуто в смысле ценностей, что сама идея достижения является нравственной нелепостью. Такое миросозерцание с трудом мыслимо, если только оно не является прямым нигилизмом. Или, вернее, оно последовательно мыслимо только в одном виде, — в виде проповеди самоубийства. Если идея ценности не подвергается отрицанию и если в то же время признается, что она не имеет ровно никакого отношения к здешнему миру, остается один последовательный выход: освободиться от его уз и постараться

[1]) Изложенные здесь мысли образуют теоретическую основу для правильной постановки и правильного решения известного вопроса об отношении права к факту и о «нормативной силе фактического». Вопрос этот будет предметом изложения в гл. VI этого сочинения.

перейти в другой мир. Всякое отступление от этого вывода в направлении признания за нашей эмпирической жизнью возможности быть подготовительной ступенью для будущей есть уже некоторая непоследовательность, утверждающая допустимость каких-то достижений в царстве посюстороннего. Поэтому даже многочисленные формы восточного аскетизма далеко не всегда приближаются к учению о полной трансцендентности ценностей. Индийская или христианская святость все же суть ступени достижений, предполагающие признание аксиомы: «существование положительных ценностей есть положительная ценность». Существует впрочем одна черта, отличающая разбираемые нами религиозные и нравственные воззрения—именно, их максимализм, т. е. отрицание промежуточности ступеней в достижении ценностей. Характерной чертой крайних форм аскетизма является не отрицание вышеупомянутой аксиомы, но отрицание постепенности достижения ценностей и их иерархии. Аскетизм есть род ценностного максимализма, для которого в порядке реализации ценностей существует только одна плоскость движения и только один путь непосредственного восхождения к высшему. Здесь нет признания различных даров, призваний и способностей, — подвига Марфы и Марии.

Последовательное утверждение потусторонности всех ценностей наталкивается на ряд непреодолимых затруднений. И прежде всего остается неясным, каким образом потусторонние ценности становятся предметом нашего познания? Носителями ценностей, как мы видели, являются акты небезразличия, акты любви и ненависти. Совершая эти акты, мы тем самым входим в соприкосновение с ценностями, проникаемся ими. Если любовь есть аде-

квация ценности, то акт любви сам по себе является уже ценностью, ему внутренно присуща ценность, она в нем присутствует и пребывает. Каким же образом она может быть ему совершенно потусторонней? Познание ценностей не есть акт безразличного приспособления к безразличному предмету. Это есть акт участия в существе самой ценности, пребывания ценности в самой жизни и жизни в ценности. Оттого точка зрения трансцендентизма в познании ценностей недопустима. Последовательное проведение этой точки зрения ведет к отрицанию самой идеи ценности, т. е. к нигилизму. Я не знаю, как можно любить потустороннее в подлинном смысле этого слова? Как можно быть к нему не безразличным? Истинно потустороннее может быть мыслимо, но никак не любимо. Любовь требует не холодного удаления, но теплой близости, интимного и тесного общения. Там, где его нет, — там мы вступаем в мир подлинно безразличного, в мир, лежащий по ту сторону добра и зла. В этом мире нет ценностей, но только одни совершенно безразличные содержания, которые можно познавать, не любя и не ненавидя.

Истинное обоснование ценностей может дать только то метафизическое и религиозное миросозерцание, которое примирит между собой имманентизм и трансцендентизм. Оно возможно только при проникновении в тайну воплощения потустороннего бытия в посюстороннем и опытном, — проникновения, достигнутого многими религиями и в особенности христианством. С точки зрения этого примиренного взгляда земные достижения не довлеют сами себе, но ценны постольку, поскольку служат подготовительными ступенями для высших небесных планов. Нельзя не вспомнить при этом известных слов

Платона: «Мудрецы говорят, что общительность, дружба, умеренность, рассудительность и справедливость сохраняются на небе и на земле, у богов и людей, и что по этой причине, друг мой, мир называется у них космосом, а не неустройством и необузданностью»[1]). Слова эти могут служить прекрасной иллюстрацией высказанной здесь точки зрения. Добродетели, именно, «сохраняются» и на земле и на небе, так как соответствующие им ценности имеют не только посюстороннее, но и потустороннее значение. Как учил один из новоплатоников, Плотин, потустороннее значепие имеют даже так называемые «политические» добродетели, — терпение, храбрость, великодушие и т. п. Правда, ими не обладает Божество, однако они дают возможность освобождаться от власти тела и тем самым приближают нас к истинно духовной жизни[2]). Тем более имеют потустороннее значение добродетели высшего порядка, достижение которых приносит нам истинное очищение — катарзис, как учил Плотин. Стремясь к ним, мы приближаемся к истинно духовной жизни, достижение которой приводит нас к соприкосновению с иными, нездешними мирами.

4. Виды ценностей и правовые ценности

Что касается до вопроса о различных видах ценностей (или о ценностных модальностях), то едва ли

---

[1]) Из диалога «Горгий», 506 А.

[2]) О мало известном этическом учении Плотина ср. J. Simon, Histoire de l'école d'Alexandrie, Paris, 1895, v. I, p. 577, где указаны соответствующие места из «Эннеад».

вопрос этот может быть всесторонне решен без привлечения соответствующих метафизических предпосылок. Непосредственная данность различных классов ценностей есть неоспоримый факт: как существуют различные тоны и цвета, так существуют и различные виды ценностей. Но затруднение заключается в том, сколько дано нам таких классов и каковы они? Легко убедиться, что определение их и познание едва ли отделимо от связанных с ними объективно - метафизических стихий. Так, например, чисто метафизическую основу имеет известное деление ценностей на два основных класса, на ценности чувственные (приятное — неприятное) и ценности духовные. Существование духовных ценностей и их преимущество перед чувственными основывается в конце концов на идее духа и духовной жизни, — идее религиозно-метафизической, предполагающей целое миросозерцание. Глубокая мудрость, заключающаяся в учениях о духовной жизни, — индийских, христианских, теософских, — сводится не к признанию элементарной аксиомы, что духовная ценность выше чувственной, но основывается в конечном счете на глубоком и таинственном откровенном опыте, в результате которого впервые оправдывается и названная аксиома. Свести эту мудрость к простой априорной аксиоматике, значило бы произвести ни с чем несравнимое опустошение религиозно-философского сознания и опыта. Такую же метафизическую основу имеет известное деление ценностей на ценности личные и сверхличные. Деление это основывается не на простом признании идеальных смыслов, но на глубокой связи этих смыслов с их возможными носителями. Род ценностей определяется тем, кто эту ценность может реализовать и воплощать. Равным образом и отношения между

этими ценностями неотделимы от вопроса об их носителях. Утверждение, что личные ценности выше, чем сверхличные, едва ли отделимо от общего метафизического и религиозного вопроса о природе высочайшего существа. Если мы будем мыслить его, как личность, то, конечно, мы будем считать высшими ценностями ценности личные, и, наоборот, высшее место займут безличные ценности при предположении, что высшее существование безлично.

Существуют ли какие нибудь особые правовые ценности и кто является их носителем? Или то, что мы называем «правовым» по существу своему входит в один из других классов ценностей, составляя его несамостоятельный момент?

Наиболее распространенное воззрение считает основной правовой ценностью человеческую личность. Степень распространения этого воззрения необыкновенно широка, и даже, можно сказать, оно вообще является основной догмой новейшей философии права. Истина, что право существует для человеческой личности и для ее охраны, является как бы философско-правовой аксиомой[1]). Но более

---

[1]) Один из новейших философов права провозгласил названное воззрение в следующих знаменательных словах: „Das Recht ist eben menschliches Werk und das Einheitsprinzip menschlicher Werke ihr Zweck". Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 36. Таково — communis opinio doctorum. В качестве исключения можно указать на Harms'a, который определенно боролся с этим антропологизмом в философии права: „Wir beziehen wohl meistens den Begriff des Rechts bloss auf den Menschen; aber an sich ist der Begriff des Rechts doch umfangreicher als der des Menschen... Allein weil wir nur den Begriff des Rechts erfahrungsgemäss auf den Menschen anzuwenden verstehen, daraus folgt nicht, dass er darauf beschränkt ist. Der Begriff des Rechts ist viel universeller als

того, взгляд, что основные правовые явления существенным образом связаны с идеей личности, должен быть признан выражением своеобразного мировоззрения самого правоведения. С тех пор, как римские юристы ввели в обиход понятие persona, обозначая им не только человеческую личность, но и другие стоящие под охраной права ценности, идея личности в праве стала настолько привычной, что отказ от нее может казаться своеобразной юридической ересью. Мировоззрение правоведения до сих пор, по крайней мере, было персоналистическим, — и в идее лица философия права как бы наталкивалась на последнюю свою ценность. С человеческой личностью связаны следующие производные от нее понятия, которые обычно также считаются основными правовыми ценностями: понятия эгоизма и интереса и, далее, понятия свободы и равенства. Все они играют исключительную роль в философии права, и на них строятся обыкновенно определения различных правовых явлений и самого права. К числу наиболее обычных из этих определений принадлежат следующие: «право есть обузданный эгоизм», «право есть защищенный интерес» или «область внешней свободы», или наконец «равновесие между свободой и равенством».

Следует подчеркнуть, что все разнообразные теории, считающие личность основной правовой ценностью, имеют ярко выраженный антропологический

---

unsere Erfahrung, worauf wir ihn anwenden können“. Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie, 1889, S. 150, Not. 12. — „Wir sehen aber das Recht doch nicht als etwas bloss Menschliches an... Es kann das Recht keine bloss anthropologische Wahrheit sein, und die Anthropologie nicht die wahre Jurisprudenz“. (S. 86.)

характер. Именно, дело идет в них не об идее личности вообще (как единстве возможных актов), но о живой человеческой личности с ее конкретными жизненными интересами и потребностями. Все названные теории имеют в виду показать, что право так или иначе нужно человеческой личности, — поскольку оно служит ее естественному благополучию или поскольку оно обеспечивает возможность нормального культурного развития и т. п. Но нет никакого труда показать, что между эмпирическим фактом живой человеческой личности и идеей права нет и не может быть ровно никакой логически-необходимой связи. Материальные, нравственные, культурные и всякие иные потребности личности всегда являются чисто историческими изменчивыми величинами. При одних условиях они могут способствовать развитию права, при других — могут прямо препятствовать ему. При одних условиях благосостояние личности может зависеть от права, при других — право может быть прямой помехой этому благосостоянию. Антропологизм в философии права, так же как и в других областях философии, всегда приводит к точке зрения полной относительности, — к релятивизму.

Выше мы определили личность, как единство обладающих смыслом актов. Возникает вопрос, является ли личность в этом смысле слова в то же время и ценностью, другими словами, совпадает ли идея личности, как деятеля, с идеей личности, как ценности? Вопрос этот при ближайшем рассмотрении включает в себя целый ряд весьма сложных проблем. Прежде всего личность, как деятель, является, как мы видели, основной точкой проявления небезразличия и заинтересованности. Оттого она по существу своему не может стоять «по ту сто-

рону добра и зла». «Ни то, ни се» не есть стихия личности, не есть ее свойство. Ценностно безразличными могут быть вещи, а не личности. Но, с другой стороны, такое небезразличие является обнаружением простых ценностных возможностей, а не каких либо вполне определенных ценностных свойств. Даже нельзя сказать, какая ценность находит своего необходимого носителя в личности, — положительная или отрицательная? По существу своему личность, как начало об'единения всех возможных актов, может быт носителем и положительных и отрицательных ценностей — и добра и зла — также как и различных ценностных модальностей, чувственных и духовных, нравственных и эстетических. Отсюда видно, с какой осторожностью мы должны отнестись к известному утверждению, что личность сама по себе есть ценность и даже высшая из ценностей[1]). Положение это в такой безусловной форме является просто необоснованным. Не выходя из пределов взгляда на личность, как на носителя возможных актов, мы вправе сказать, что она не есть, но только может быть носительницей высших ценностей. Другими словами, если высшие ценности находят свое воплощение, то только в личности и через личность. Личности самой по себе, независимо от тех ценностей, которые она носит, может быть присуща ценность только в одном смысле, — именно, ценность исполнительная. Если исполнение и воплощение ценностей есть ценность, то, очевидно, должно обладать ценностью и то начало, которое служит к реализации ценностей. Иначе говоря, ценность личности по внутреннему

---

[1]) Утверждение, которое Шелер считает основной аксиомой своей этики.

существу своему все же есть служебная, а не первоначальная. Чтобы говорить о личности, как о самостоятельной ценности, нужно выйти из ее обозначения, как простого деятеля, как носителя возможных актов. Нужно проникнуть в существенное содержание самих этих актов, в их качественные особенности и свойства. Тогда только мы сможем сказать, что личность в известных своих состояниях и на известных своих ступенях есть ценность. Таким образом правовой ценностью может быть не только личность, как единство возможных актов, но и личность в определенных и конкретных проявлениях ее внутреннего существа. Такой вывод, несмотря на его значительную очевидность, обыкновенно не вполне признается философией права. Часто упускают из вида, что не личность сама по себе, а определенные ее свойства являются предметом правовой защиты и правового признания. Так, например, правопорядок может признавать ценностью определенные нравственные качества личности — храбрость, проявленную на войне, умелость, сноровку и мудрость, выказанную в государственных делах (право на награду). Здесь «суб'ективным правом», — в смысле правовых ценностей, — является не способность совершать акты вообще, но определенное содержание этих актов. Но, когда право защищает жизнь человеческой личности, признаваемой ценностью является здесь уже не какое либо материальное свойство лица, но само явление жизненной действенности, таящееся в органической структуре человека и с ней ближайшим образом связанное.

Однако, нет ничего невозможного в том, что суб'ектом правового признания будет не человеческая личность, но какая либо другая, воплощенная или реализованная ценность, как, например, произведе-

ние искусства, предмет религиозного почитания, хозяйственное благо и т. д. Правовым признанием могут пользоваться такие духовные блага, как наука, искусство, религия вообще. Поскольку они реализованы и существуют в совместной жизни, они входят в разнообразные взаимные отношения и образуют некоторый общий порядок существования, построенный на отношениях, которые мы называем правовыми.

Стремление построить философию права на сверхличных основах и освободить ее от господства личных ценностей особо ярко проявляется в так называемой органической теории права и государства[1]). Для нее основной правовой ценностью является не человек, не единичный индивидуум, а совокупность или целое. Строго говоря, освобождение от персонализма достигается здесь лишь тогда, когда эта совокупность или это целое мыслятся не как своеобразная высшая личность. В противном случае совершается только переход от индивидуальных ценностей к коллективным также личного характера. Персонализм возрождается, но только в других формах. Примером последовательно проведенной имперсоналистической теории права в новой философии является теория Тренделенбурга. Он

---

[1]) Но нужно заметить, что персонализм далеко не всегда был преодолен представителями органического миросозерцания. Ср., напр., Savigny, System, II, S. 2: „Alles Recht ist vorhanden, um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen... Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen; und diese ursprüngliche Identität der beiden Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig"...

определяет право, как совокупность таких общих правил поведения, при помощи которых достигается сохранение и развитие нравственного целого[1]). Он подчеркивает, что его теория исходной точкой своей имеет идею нравственного целого и потому она враждебна всем воззрениям, выводящим право из воли лица или из совокупности воль отдельных лиц[2]). Только в целом может существовать право, и только целое имеет силу наделять свои постановления обязательностью. Право есть функция целого, определяемая внутренними его целями[3]). Тренделенбург поясняет это воззрение одним примером, который прекрасно характеризует сущность имперсоналистической теории права. Корабль, плывущий на море, создает такие условия совместной жизни, которые требуют своего особого, по большей части, очень строгого права. Корабль подобен государству, и право на нем рождается по природе вещей, независимо от договора хозяина с матросами и пасажиров с хозяином. Для сохранения целого необходимо строжайшее подчинение приказаниям командира. Для сохранения целого запрещается бегство матросов с корабля. Для спасения его жертвуют багажем и бросают его за борт. Таким образом обязанности и права командира и матросов определяются внутренними целями целого. Но как в микрокосме корабля право проистекает от целого, так и в макрокосме государства целое является источником права[4]).

Борьба между персоналистическим и имперсоналистическим воззрением в праве есть старая борьба

---

1) T r e n d e l e n b u r g, Naturrecht, 2-te Aufl., 1868, S. 83.
2) Ibid, S .84.
3) Ibid, S. 85.
4) Ibid, S. 86.

двух социально философских миросозерцаний—индивидуализма и универсализма. Историческим выражением первого были разнообразные теории естественного права, популярные по большей части в эпохи общественных потрясений и революций. Второе — консервативное и реставрационное по своему существу — в значительной степени совпадает с органической и эволюционной гипотезой в правоведении и науке о государстве. Повидимому, в настоящий момент истории мы снова переживаем переход от увлечения естественно-правовым индивидуализмом к увлечению органическими воззрениями на право и государство[1]). Чтобы оценить этот спор, следует иметь в виду следующие соображения, продиктованные исследованием существа идеи «целого».

Идея «целого» в приложении к праву не обладает достаточной степенью определенности. Обыкновенно она отожествляется с понятием «общественного целого», — и все противопоставление персоналистического и имперсоналистического взгляда на право приобретает характер противопоставления ценности личности ценности общества. Причем если под «личностью» понимают конкретного человека с его потребностями, то и «общественным целым» считают конкретную ассоциацию людей с ее тоже более или менее случайными интересами и потребностями (корабль в море). Против такого воззрения нужно сказать то же, что было сказано нами выше об индивидуализме: нельзя доказать, что общественный интерес непременно требует права. Иногда он может его требовать, а иногда прямо отрицать. И более того, если против индивидуализма справедливо возражают, указывая, что он ведет к договорному, анар-

[1]) Ср. O. Spann, Der wahre Staat, 1921.

хическому правопорядку, что он неспособен обосновать никаких всеобщих правовых связей, то универсализм в свою очередь подпадает под возражение, что связи им устанавливаются очень крепкие и всеобщие, однако же отнюдь не правового характера. Понимание этой истины в современном сознании затемняется своеобразными воззрениями на нравственность, возникшими под влиянием новейших учений об автономной морали. Современные философские теории нравственности, сводя этику исключительно к самоопределению воли, не признают возможности положительно установленной нравственности, покоящейся на авторитете и следовательно гетерономной. То, что установлено, в качестве положительного порядка по свойству своей установленности считается правом, а не нравственностью. Так что установленная система общественных обязанностей, односторонне определяющая отношение личности к обществу, должна быть признана системой правовой. Например, устав монастыря, определяющий религиозные обязанности монахов, следует считать совокупностью юридических норм или об'ективным правом[1]). Правовой характер должны иметь

---

[1]) Будут ли «правом», например, суровые предписания монастырского устава, как они изложены в „Vita abbatis Pachomii" (начальный и примерный образец восточно-монастырского устава) у Палладия. Historia Lausica, Cap. XXXVIII, Migne, Patrologia graeca, v. 34, p. 1101—1102: „Jussit autem esse viginti quatuor ordines fratrum, ex numero viginti quatuor litterarum; praecipitque unicuique ordini imponere nomen elementum graecum, ab α. β, et quod deinceps sequuntur, usque ad ω, ut dum interrogat archimandrita de aliquo in tanta multitudine, scisciretur eum qui est ab eo secundus, quomodo se habet ordo α aut quomodo se habet ordo β... et sic convenienter institutis eorum et vitae et moribus, unicuique ordini elementum litterae accomodabis..."

и обязанности матросов на корабле, раз только они «установлены». Если бы это соответствовало истине, то пришлось бы единственным признаком права считать момент установленности, другими словами, пришлось бы согласиться с теорией юридического позитивизма. При этом стиралась бы всякая принципиальная разница между правом и нравственностью. Раз нравственные обязанности, вытекающие из внутренней автономии, санкционировались бы каким либо установлением, они превращались бы тем самым в правовые. Но, по нашему мнению, между нравственностью и правом лежат гораздо более принципиальные и существенные различия. Система нравственных обязанностей, закрепленная установлениями и даже вытекающая из какого-либо внешнего авторитета, по существу своему образует систему положительной морали, а не права. В такой системе может не быть никаких признаков правовых явлений и только по принятому словоупотреблению она может считаться правом. Элементы права в такой системе возникают лишь тогда, когда в ее пределах родятся «права», «правомочия», «правопритязания». Нравственные обязанности становятся правовыми не вследствие какого то магического превращения, но правом мы считаем феномен связи «прав» и «обязанностей» — феномен обладающий особой природой и обнару-

---

и т. д. Причем ангел об'яснил и цель этих правил: „Hos constitui, ut parvi quoque possint procedere ad perficiendam regulam, nec eis sit molestum; qui utem sunt perfecti, non opus habent ut leges eis farantur; nam cum per se sunt in cellis, totam suam vitam attribuunt contemplationi. His autem legem tuli, qui mentem minime habent intelligentem, ut sicut servi contumaces, metu domini totum vitae istitutum implentes, secure et libere degant“...

живающий свою особую законосообразность. Отсюда следует, что обязанности, вытекающие из интересов «общественного целого» и ими обусловленные, сами по себе ни в коем случае еще не образуют правовых явлений. Отношение к общественному целому может строиться и по типу положительно установленной морали, если только оно не строится по типу нравственности автономной. Философско-правовой универсализм как раз и подменяет явления права явлениями и фактами позитивной нравственности. Чисто нравственные связи и отношения он выдает за правовые. Подобное воззрение не менее разрушительно для права, чем противоположное ему, — индивидуалистическое. Только разрушение ведется с двух различных сторон, — в одном случае с точки зрения авторитарных принципов, в другом — с точки зрения принципа личного самоопределения.

5. Идея справедливости

Отношение права к идее целого приводит нас к установлению основной правовой ценности, — к справедливости. Древняя формула справедливости, как известно, гласит: alterum non laedere, suum cuique tribuere[1]. Вдумываясь в содержание этой формулы нельзя не видеть, что справедливость мыслится, как некоторой порядок отношений, в котором каждому члену принадлежит свое место и каждому причитается то, что ему принадлежит. Идея такого порядка мыслится, как некоторая целостность, как ор-

[1]) Digesta, I, 10: „Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi".

ганическая связь. Нет никакой особой органической справедливости, как это в настоящее время иногда утверждают, но каждый справедливый порядок есть идеальный организм. В нем каждый член, имея причитающееся ему, не может не стоять в отношениях ко всем другим, не может быть не связан с ними органической связью.

Глубочайшей основой идеи справедливости является мысль о том иерархическом порядке, в котором стоят по отношению друг к другу ценности, — мысль о постепенном их достоинстве, о возрастающих и убывающих степенях их совершенства. Правильное отношение этих степеней и есть отношение *справедливое*. Чтобы почувствовать всю интимность связи между идеей справедливости и идеей ценностного порядка, следует сопоставить понятие справедливости с понятием теоретической истинности («правду истину» с «правдой справедливостью»). Допустим, что нам нужно разместить ряд чисел в порядке их возрастающей или убывающей величины или ряд цветов в порядке их яркости. Размещение это может быть произведено нами «правильно», но мы можем допустить в нем и ошибку. Ставя, например, в ряде возрастающих величин 4 ранее 3, мы погрешаем против истины, мы заблуждаемся. Заблуждение это неправильно характеризовать, как «несправедливость». Тот, кто утверждает что 4 менее 3, не совершает еще никакого несправедливого поступка и, наоборот, утверждающий, что 4 более 3, не может гордиться своей справедливостью. Он просто совершает ошибку или утверждает истину. Но явно несправедливое дело совершает тот, кто неправильно размещает ценности, погрешает против их порядка. Неправильность в порядке ценностей ощущается не

как ошибка — или, вернее, не только как ошибка — но как нечто большее, чем ошибка, — как несправедливость. Несправедливость есть ошибка как бы особо квалифицированная, обладающая особыми качествами. Так, например, награда ничем не отличившегося солдата знаком отличия за храбрость или увенчание высшей наградой за храбрый поступок среднего качества, являются деяниями несправедливыми. Деяния эти могут основываться на ошибке, но могут проистекать и из сознательного намерения. Справедливость по идее своей есть, следовательно, истинная мера относительного достоинства ценностей. Эти последние и суть элементы всякого справедливого порядка [1]).

---

[1]) Различные определения понятия справедливости можно свести к следующим основным: 1) Определения, исходящие из формального момента, — идея «законной» или «формальной» справедливости, «справедливое», как «соответствующее закону». 2) Определения, подчеркивающие материальный момент — идея справедливости «сама по себе», независимо от положительных исторических установлений. В свою очередь эти определения распадаются на следующие группы: а) определения, выдвигающие суб'ективный момент справедливости, как, например, у Лактанция, Institutiones Divinae, Lib. III, C. IX: „Nam ipsa humanitas quid est, nisi justitia? quid est justitia, nisi pietas? pietas autem nihil aluid est, quam Dei parentis agnitio". b) определения, выдвигающие об'ективную сторону справедливости: справедливость, как об'ективный порядок. Cp. S. Dionysii Areopagitae, De divinis nominibus, Cap. VIII, § 7: „A justitia autem rursum laudatur Deus, quod omnibus, ut dignum est, tribuat et congruentem modum, et pulchritudinem, et compositionem ordinis et dispositionem; et omnibus dispertiat, et singulis ordines praestituat,secundum veram et justissimam praescriptionem; et omnibus suae cuique actionis auctor sit. Omnia enim divina justitia ordinat, et determinat, omniaque ab omnium mistione et confusione libera servans, cuique convenientia rebus omnibus tribuit, prout cujusque congruit dignitati." § 9: „Hoc quidem de his dictum ac de justitia

Порядок справедливости, как порядок правильного отношения ценностей, есть порядок чисто идеальный: и потому чисто идеальной природой обладает и то целое, которое образуют правильно относящиеся ценности. Оттого к нему неприменимы какие либо определения, заимствованные из мира временных отношений. Ошибочно также отожествлять это целое с какими либо реальными целокупностями, например, с «общественным целым». Вопрос о существовании различного рода реальных целокупностей, например, социальных организмов, есть вопрос чисто опытного знания, вопрос эмпирической социологии или культурной морфологии, как в настоящее время иногда говорят, — и этот вопрос ничего общего не имеет с вопросом об основных предпосылках права[1]). Но поскольку всякая ценность может быть воплощена в действительности, постольку, конечно, и действительное общество может быть справедливым и несправедливым. Однако, в реальном обществе, воплотившем в себе ценности, мы

---

quae omnium aequalitatem dimetitur et definit, omnemque aequalitatem, quae secundum privationem aequalitatis singulorum sumitur, exterminat: inaequalitatum enim si quis accipiat et interpretetur differentias, quibus res omnes inter se distinguantur, huius etiam custos et conservatrix est justitia; cum omnia in omnibus permista confundi minime patiatur, sed ea quae sunt omnia custodiat secundum suam quaeque speciem, in qua esse debent".

[1]) Это есть вопрос, для исследования которого современная социальная наука выработала весьма точные методы. См. труды мюнхенского „Forschungsinstitut für Kulturmorphologie", основанного Leo Frobenius'ом в сотрудничестве с Шпенглером, K. Haushofer'ом и другими. Труды эти имеют совершенно исключительный интерес и выводят т. н. органическую теорию общества из метафизически-спекулятивной стадии в чисто опытную.

имеем дело уже не с их чистым идеальным смыслом, но с его реализацией,—имеем дело, другими словами, с благами. Реальное справедливое общество есть общество построенное на правильном соотношении благ, — соотношении, в основе которого лежит, как образец, идея справедливости. В таком обществе идеальное отношение ценностей — hierarchia divina — воплощается в действительных отношениях вещей и лиц и становится миром человеческой справедливости — hierarchia humana.

Отсюда видно, каким образом должен быть решен вопрос о так называемой формуле справедливости. В идеальном смысле такая формула дается всем учением о системе ценностей и их иерархических отношениях, но само собой понятно, такая формула не дает никакого ответа на вопрос об общественном идеале. Идеал общественной справедливости есть конкретное отношение реализованных ценностей. Процесс реализации во времени есть не идеальный, а чисто исторический процесс с своей особой исторической закономерностью. Он подчиняется не законам идеальной необходимости, но чисто опытным законам истории. Отсюда с неизбежностью следует, что в порядок справедливости входят элементы чисто фактического характера. Невозможно дать априорную формулу отношений таких фактических элементов. И невозможно формулировать закон справедливости имеющий значение для всех времен и для всех условий, — закон, который решал бы все возможные вопросы правовой конкретной организации. Создание такой всеобщей формулы столь же невозможно, как невозможно одинаковое решение всех возможных конкретных математических задач. Формулы справедливости, как и математические формулы, могут быть только примерными об-

разцами и правилами конкретных решений, — и формулировка таких образцов также возможна в вопросах справедливости. Общие законы общественной справедливости могут быт сведены к следующим наиболее основным положениям. 1) Каждая реализованная ценность находится в ценностном отношении к любой из других реализованных ценностей. 2) Каждая реализованная ценность имеет право на полноту своего достойного существования и развития в пределах общей системы ценностей. 3) Каждая реализованная ценность, в случае нарушения нормальных отношений с другой ценностью, имеет право на установление равновесия. 4) Отношения реализованных ценностей определяются мерой достоинства присущей каждой из ценностей. 5) Отношения эти составляют общий порядок реальной солидарности.

Рассмотрим теперь идею справедливости с точки зрения ее возможных носителей и с точки зрения ее воплощений. Воплощаться справедливость может прежде всего в личности, — оттого она и является одной из добродетелей. С точки зрения носителя справедливость есть личная ценность. Но в то же время носителем справедливости может быть также и коллектив, — общество, например, или государство. В этом отношении существует весьма любопытное различие между справедливостью и другими ценностями, имеющими своего возможного носителя в личности, например, храбростью, честностью и т. п. Последние также могут воплощаться в коллективах. Может быть храбрый народ или честное государство. Однако эти последние ценности воплощаются в коллективах только постольку, поскольку коллективное существо само имеет характер личности. Коллективные воплощения спра-

ведливости могут обладать также подобным личным харатером. Но понятие: «справедливое государство» имеет и другой не только личный смысл. Быть носителем справедливости не только означает «быть способным к добродетели», но также и «обладать особой структурой», «быть особо устроенным», соответствовать особому об'ективному порядку. «Справедливое государство» не столько есть излучающая из себя добродетель личность, сколько образец об'ективного социального устройства.

Эти идеи «устройства», порядка, предполагают понятие отношения и без него не могут быть построены. Идея отношения неотделима от справедливости, интимно связана с нею, ей внутренно присуща. Справедливость всегда есть отношение, и спрашивается, кто же может быть его членами? Известный взгляд на право, как на обузданный эгоизм, свидетельствует, что в отношениях, построенных на справедливости и праве, участвуют прежде всего и даже единственно ценности недуховного порядка. Можно подумать, что отношения справедливости тем и отличаются от отношений чисто нравственных, что первые имеют дело с проявлениями чувственной, физической природы, тогда как во вторых мы сталкиваемся со стихией истинно духовной. Другое не менее распространенное воззрение считает право минимумом нравственности и тем самым утверждает, что в порядке справедливости мыслятся те же ценности, что и в нравственном порядке, — ценности по преимуществу этические. Только порядок справедливости предполагает особое, несколько искаженное отношение к нравственным ценностям. Воззрения эти поражают многих своею очевидностью, убедительностью и кажущейся простотой. Действительно, элементом установленного правопорядка

по большей части выступает человек с его чувственными интересами и материальными потребностями, смягченными некоторым минимумом нравственных начал. Но по идее своей справедливость отнюдь не связана с понятием низшей материальной ценности или же ценности непременно нравственной. Всякая ценность и соответствующее ей благо может быть элементом истинно справедливого порядка — нравственная и эстетическая, личная и сверхличная, индивидуальная и коллективная, чувственная и духовная. И следует подчеркнуть, что смысл идеи справедливости становится особенно ясным тогда, когда мы отвлекаемся от чисто нравственных и чисто личных ценностей. Отношения между последними суть по преимуществу отношения любви, реализующиеся по преимуществу в чисто нравственном общении церкви, как союзе любви, как мистическом теле Божием. Но отношения к другим родам ценностей и в частности к ценностям сверхличным не может и не должно непременно выливаться в любовь. В этой области получает свое оправдение тот акт признания, о котором мы говорили выше. Сосуществование реализованных ценностей, на почве общего взаимного признания и есть порядок общественной справедливости, служащий основой для идеи права.

Отсюда ясно, почему понятия эгоизма, свободы и равенства не могут дать сколько нибудь исчерпывающих характеристик существа права. Все они, по своему смыслу, относятся к явлениям междуличным, а не к отношениям сверхличных ценностей. Едва-ли можно сказать, что наука, будучи признанной правовой ценностью, проявляет свой «эгоизм», обуздание которого и составляет существо соответствующих правоотношений. Или, что право «обуз-

дывает» эгоизм искусства или религии. С значительной натяжкой можно применять также к правовым явлениям в их целом и идею свободы, также тесно связанную с идеей личности. В некотором смысле она применима к защищаемым правом культурным благам, и выражения: «свобода науки или искусства» представляются довольно обычными. Однако, менее обычно говорить о «свободе» какого либо признанного правом предмета или вещи, например, храма, статуи или хозяйственного блага. Право менее всего защищает их «свободу», так как никакой свободой они и не обладают. Также вполне не соответствующей праву нужно признать и идею равенства. Мы говорим, конечно, не о формальном равенстве перед законом. Здесь идея равенства вполне приложима, так как установленное право должно определять одинаковые способы защиты и одинаковые способы признания ценностей. Мы говорим об идее материального равенства, ставшей неотделимым составным элементом современного весьма искаженного правосознания. Надо признать, что область приложения идеи материального равенства к правовым ценностям довольно ограничена. Ценностные отношения по существу своему, как мы видели, иерархичны, и поэтому идея равенства менее всего к ним подходит. Могут существовать, конечно, некоторые массовые ценности равного качества, но думать, что все ценности равны, значило бы просто не понимать внутреннего смысла идеи ценности. Оттого правовой порядок, основанный на отрицании степеней ценностей и стремящийся вменить каждому равное, был бы просто искажением идеи справедливости. Из различных видов ценностей более всего на равенство может притязать личность в смысле носителя возможных актов или деятеля. В

этой стихии чистых возможностей поистине все равны, ибо никто не может изведать тех тайников личной души, из которых проистекает добро и зло. Внезапные перерождения погибающих и частые падения достойных свидетельствуют, что истинные глубины добра и зла нам недоступны — а потому мы должны признать за личностью в указанном смысле одинаковое право на существование, должны обеспечить ей сравнительно равные условия проявления ее свойств. Но если мы перейдем к материальному содержанию личности, к ее проявившимся нравственным и духовным качествам, то о каком же равенстве можно здесь говорить? Если право признает ценность известных добродетелей, разве оно не должно считаться с их степенями? Также бессмысленно настаивать на идее равенства и в области чисто технических ценностей. Неужели более умелый должен стоять на одном уровне с неумелым? И наконец, различные культурные блага не могут быть по существу своему вполне равными, и только справедливое признание степени их ценности сообразно и соответствует идее права.

Из всех завоевавших себе прочное положение в современной науке правовых понятий наиболее нейтральным является еще понятие интереса, если только освободить его от гедонистической и чисто утилитарной окраски. Можно говорить не только об интересе личности, но и об интересах науки, искусства, любого культурного блага и т. п. Интерес есть вообще жизненное проявление ценностного значения. В этом широком смысле можно сказать, что интерес является моментом права—причем не права положительного, но известной части правовой структуры, именно, правовых ценностей.

Чтобы формулировать производные понятия вытекающие из идеи справедливости и с нею связанные, нужно освободить вышеназванные понятия эгоизма, свободы, равенства и интереса от их узко личного характера. Зерно истины, в них заключающееся, может быть отыскано только тогда, когда содержание их будет расширено до способности выражать не только существо личной ценности, но вообще всех возможных ценностей и благ. И в частности идея права вовсе не предполагает свободу лица, — внутреннюю или внешнюю, как иногда утверждают, — но множественность родов ценностей и, следовательно, множественность путей их реализации, множественность путей совершенства. «Могущий вместити, да вместит.» Этот ценностный плюрализм составляет необходимую предпосылку идеи права. Если угодно, он предполагает идею свободы, но совсем в особом смысле этого слова. Он обнаруживает признание бесконечной свободы в путях приближения к высшему существу. Такая свобода есть идея гораздо более широкая, чем внутренняя или внешняя свобода в современной философии права. Пути совершенства множественны, а потому и свободны. Каждый из этих путей, становясь реальной силой, требует признания на свое существование. Он «имеет право» на осуществление и на жизнь. Признание этого права соответствует справедливости. Справедливость требует далее, чтобы каждой ценности причиталось ее достойное. Достоинство и честь суть необходимые предположения справедливости, — и не даром то миросозерцание, которое не знает и не ценит этих идей, является миросозерцаним неправовым по преимуществу. А так как ценности различаются степенью достоинства и составляют иерархию, то и причитаемое им, ко-

нечно, не может быть равным. Идея справедливости, в качестве первичной и наиболее глубокой своей предпосылки, предполагает не идею равенства, но идею иерархии. Только равному по достоинству может быть причитаемо равное, неравное же предполагает и требует неравное.

Множественность путей предполагает известную самостоятельность каждого из них. В высшей степени несвойственно называть такую самостоятельность эгоизмом. Эгоизм является весьма частным и всегда искаженным проявлением самостоятельности отдельной человеческой личности. Самостоятельную реализацию ценностей правильно назвать жизненным самоутверждением, а не эгоизмом. Без такого самоутверждения не может быть права. Даже более, оправданное жизненное самоутверждение мы и называем правом. Каждое благо имеет право на самоутверждение, и справедливо, если право это реализуется в действительных установлениях.

Современная философия права сравнительно редко ставит старый вопрос об отношениях справедливости, как об'ективного порядка, к справедливости, как добродетели. Современному правосознанию, воспитанному на теории позитивного права, особо родственна мысль, что для установленного положительного правопорядка совершенно безразличны какие либо личные добродетели. Поскольку право имеет дело с внешними отношениями между людьми и поскольку оно совпадает с областью внешних норм, постольку оно может совершенно игнорировать внутреннюю духовную жизнь членов правового союза. «Право возможно даже в мире дьяволов» — так можно выразить этот взгляд, доводя до крайности разделения внешнего и внутреннего мо-

мента в праве. И такая точка зрения очень часто бывает справедливой для положительного права и для возникающих в его границах правовых отношений. Не отказываясь принципиально от воздействия на внутреннюю стихию души, положительное право считает в то же время это воздействие вовсе не необходимым. Практические требования жизни иногда вынуждают позаботиться и о душах, но в общем без этой заботы можно вполне обойтись. Принудительная санкция и внешний авторитет сделают свое дело там, где не будет хватать внутренних настроений и чувств.

Сомнительно, чтобы такое соотношение между внутренним и внешним имело место в нормальной правовой системе и чтобы оно соответствовало идее справедливости. Раз носителем этой идеи может быть не только «целое», но и отдельные лица, очевидно, между этими двумя стихиями должно существовать какое-то соответствие. Нормальная правовая система должна предполагать, что установленный ею об'ективный порядок справедливости находит какое то отражение во внутренней духовной жизни членов правового общения, что этот порядок согласуется как-то с справедливостью, как внутренней добродетелью. И на самом деле, при нормальных отношениях, как можно мыслить, чтобы общественная организация была устроена на началах чести, достоинства, взаимного уважения и самоопределения членов, если эти последние бесчестны, лишены чувства самоуважения, привыкли неуважительно относиться к чужим правам и склонны к постоянным оскорблениям? Излишне говорить, что в подобном об'ективном порядке будет таиться тяжелая внутренняя болезнь, которую не излечат никакие внешние средства.

В нормальной и здоровой правовой системе внешнему статусу справедливости должен соответствовать внутренний статус добродетели. И мы думаем, что ошибочно называть его минимумом нравственности. Внутренняя справедливость есть самостоятельная стихия, представляющая совокупность своих особых отношений и связей. Достаточно выразуметь существо элементарных явлений общения, чтобы почувствовать правоту этого взгляда. Возьмем хотя бы семью, — этот наиболее простой из общественных союзов. По нравственному существу своему семья есть союз, основанный на любви, то есть чисто нравственный союз. Но в его пределах имеются явления, из существа любви не вытекающие. Любить одинаково должны и родители детей и дети родителей. В любви все элементы семьи — равны. Но разве они теряют тем самым свои особые свойства — свойства быть родителями и быть детьми, старшими и младшими? При одинаковости любви качества отца остаются особыми, определяемыми особым авторитетом уважения и признания; и не утрачиваются также качества детей, как иерархических низших членов союза. Вот эти качества и несут в себе первые элементы права. Авторитет отца есть его «право», которое не погашается любовью. Отношения отца к детям, малолетним и взрослым, одинаково определяются любовью. Любовь не исчезает, когда малые вырастают. Но с ростом их в области основанных на любви отношений могут возникнуть и новые элементы. Это прежде всего элемент «достоинства» взрослого человека, его самостоятельность, его самоопределение, этот основной элемент права. Возникшая на этой основе область отношений не противоречит нравственным отношениям любви, не устраняет любви, но начинает жить

на ряду с ней своей собственной самостоятельной жизнью. Семья может совсем и не породить этих отношений, но справедливо такую семью мы рассматриваем, как недоразвившуюся. Раз эти отношения возникли, они образуют особую сферу по сравнению с нравственной, — не область этического минимума, но сферу самостоятельной правовой жизни. Мы называем ее порядком справедливости, если она построена на тех ценностных отношениях, основные формулы которых приведены были нами ранее. Также дело обстоит и в более сложных социальных явлениях, например, в основанном на любви нравственном союзе церкви. Представляя собою чисто нравственное общение, церковный союз может рождать и самостоятельные правовые отношения — тот ordo jurisdictionis, о котором говорят канонисты.

Глава V

ОСНОВНЫЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВОВЫХ ЯВЛЕНИЙ

Правовая связь между ценностями определяется двумя первоначальными понятиями, которые можно считать основными определениями права. Понятия эти суть «правомочие» и «правообязанность».

Эти понятия являются наиболее привычными характеристиками, применяемыми для описания некоторых основных свойств правовых феноменов. Однако, свойства эти могут быть описаны и при по-

мощи других понятий. Вместо выражения «я имею право», можно сказать «я могу», «я способен», «имею силу», «обладаю властью» и т. п.; вместо — «я обязан», говорится «я должен», «я ответственен», «я принужден», «я связан». В сущности говоря, понятия правомочия и правообязанности нельзя даже признать родовыми или видовыми понятиями по отношению ко всем этим различным выражениям. Просто, они являются одним из более установленных способов характеристики подлежащих явлений. Человеческая речь, как это часто бывает, при встрече с первоначальными данностями стремится создать целую пачку понятий, имеющих в виду охарактеризовать то, что не поддается никакому логическому определению. Обыкновенно, в таких случаях ограниченность нашей речи понуждает прибегать к сравнениям и черпать образы из областей жизни, привычно наглядных, — всего чаще из физической природы. Однако, все эти образы дают только приблизительное описание предмета. Кто хочет познать его ближе, должен сам пережить его. Нужно, хотя бы актом воображения, поставить себя на место управомоченного или обязанного, чтобы непосредственно познать, что такое «правомочие» и «обязанность».

То, что мы называем именами «правомочия» и «правообязанности», суть два совершенно самостоятельные и невыводимые друг из друга явления; равным образом не выводимы друг из друга и соответствующие этим явлениям понятия, которые представляют собою как бы две самостоятельные категории, два самостоятельных модуса. В силу этого следует признать ошибочными многочисленные и разнообразные попытки выведение обязанности из права и права из обязанностей. Все подобные попытки

в конце концов ведут к тому, что совершенно обезличивают и уничтожают выводимое.

В пределах философско-правовых теорий опыт выведения обязанности из права встречается довольно часто в различных естественно-правовых учениях. В частности, всякая договорная теория государства есть одна из попыток выведения обязанностей из прав: обязанности подчинения основываются на праве согласия подчиняться. Однако, если говорить о подлинных обязанностях, то они получаются в этой теории только в результате полного отказа от прав, в результате уничтожения права, как это было у Гоббса и у Руссо; или же, если не происходит такого отказа, самые обязанности превращаются в условные, в обязанности «постольку-поскольку», и необходимое служение обязанностям превращается в анархическое своеволие. Единственно, что может удасться этой теории, это обосновать тот род относительных правовых связей, которые мы наблюдаем в области частных договоров. Поэтому названная теория имеет не только частноправовой характер — ведь и в области частного права встречаются «абсолютные», «вещные» связанности, — она имеет характер теории, созданной под влиянием весьма узкого круга частно-правовых отношений. Противоположный опыт выведения прав из обязанностей имеет как раз обратный эффект: он приводит к отказу от самого понятия правомочия. В истории философско-правовых учений этот взгляд особое распространение получил в эпоху реакции против теорий естественного права, в эпоху господства исторического и органического взгляда на государство. «Обязанности устанавливаются не ради прав», — говорят сторонники этого взгляда, — «но права устанавливаются ради обя-

занностей»[1]). Право без лежащей в его основании обязанности висит в воздухе; оно превращается в простой произвол, в культ силы, как это было у Спинозы. Если я имею право сохранять свою жизнь, то только потому, что я обязан это делать. Если здесь нет обязанности, то я могу с таким же успехом умертвить себя, я могу, следовательно, умертвить и другого человека[2]). На этом основании нужно признать, что «наука права, наука, которою так гордится Европа, которая так усовершенствована, так обработана, которая стоит на таких твердых и несокрушимых основах», не имеет права на самостоятельное от нравственности существование. «Самостоятельная наука должна иметь свои начала в самой себе. Какие же начала безусловного права? Человек является в совокупности сил умственных и телесных. В этом отношении он может быть предметом науки чисто опытной, человекознания (антропологии), но его силы не имеют еще характера права. Эти силы могут быть ограничены извне, силами природы, или силами других людей; но и сила человека в ограничении своем еще не имеет значения права. Это только сила стесненная. Для того чтобы сила сделалась правом, надобно, чтобы она получила свои границы от закона, — не от закона внешнего, который опять ничто иное, как сила (как, например, завоевание), но от закона внутреннего, признанного самим человеком. Этот признанный

---

[1]) H. Ulrici, Die Quelle des Rechts und des Rechtsbegriffs. Zeitschr. f. Philos. u. philos. Kritik, Bd. 59 (1871), S. 186: „Denn in Wahrheit wird der Mensch nicht mit Rechten, sondern nur mit Pflichten geboren, und nur darum hat er das Recht zu fordern, dass ihm die Möglichkeit gewährt werde, seiner Pflicht nachzukommen".

[2]) Ibid, S. 187.

закон есть признанная им нравственная обязанность. Она, и только она, дает силам человека значение права. Следовательно, наука о праве получает некоторое разумное значение только в смысле науки о самопризнаваемых пределах силы человеческой, т. е. о нравственных обязанностях . . .»[1]). Но с этой точки зрения совершенно неясно, в чем же заключается отличие права от нравственности. Границы между ними невольно теряются. Право или становится частью нравственности, или же возникает в результате искажения и разложения нравственных отношений. И в том и в другом случае в праве нельзя усматривать какого либо самостоятельного явления, какой либо особой данности. Если бы люди обладали достаточно развитым сознанием своих нравственных обязанностей, стояли бы на высоком уровне нравственного просвещения, вообще не существовало бы разницы между правом и нравственностью. Различение их было бы логически невозможным[2]).

Все подобные теории в конце концов основываются на поверхностном и недостаточном уяснении того, что называется «правомочием». Наиболее существенной частью понятия «правомочия» является

---

[1]) А. С. Хомяков, Полное собрание сочинений. Москва, 1861, т. I, стр. 14.

[2]) Как об этом учит новейший представитель названного воззрения, L. Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, v. I, p. 101: „Si tous les hommes avaient une conscience claire et complète des deux éléments essentiels de la solidarité sociale,... si tous les hommes comprenaient nettement qu'ils ne peuvent vivre qu'en coopérant à cette double solidarité, personne ne concevrait une différence entre le droit et la morale“ ... „Logiquement il n'y a pas de différence entre la morale et le droit. Il ne peut y avoir qu,une différence de fait, en voie d'évolution continuelle“.

то, что мы называем словом «мочь» (posse, können). Нужно и начать прежде всего с анализа этого понятия. Тот смысловой состав, который мыслится в нем, далеко выходит за область права, характеризуя также и многочисленные неюридические явления. «Мочь», в юридическом смысле, есть один из частных случаев «мочь» вообще. То, что мы называем «мочь», есть некоторое первоначальное, невыводимое и неопределимое явление, доступное непосредственному наблюдению каждого, способного поставить себя в положение «могущего». Это положение «могущего» есть некоторый самостоятельный модус практической жизни, столь же первоначальный, как и модус долженствования[1]). Самостоятельность его прежде всего указывается тем удовлетворением, радостью и удовольствием, которые испытываются всяким, кто нечто «может» совершенно независимо от осуществления этой мощи, от реализации находящихся в обладании возможностей. Все обаяние могущества об'ясняется непосредственным ощущением соответствующих возможностей, их наличностью, присутствием и обладанием. Таково сознание физической, экономической, политической и т. п. мощи. Удовлетворение мощью есть нечто иное и более возвышенное, чем наслаждение от реализации возможного, есть некоторый род духовного чувства, рождающегося по поводу некоторой особой и самостоятельной жизненной ситуации. Самостоятельность такой ситуации обнаруживается также через отношение к ней других людей. То, что я могу, ощущается другими, как некоторая сила, которая отнюдь не является проявлением физического

---

[1]) Как это называет Scheler, Der Formalismus etc., S. 238—245.

насилия. Тот, кто может, является для нас в той или иной степени «могущественным», наделенным «мощью», обладающим потенциями, находящимися в его обладании и в его власти. Физическая сила и принуждение могут быть следствиями этой «мощи», но отнюдь не являются ее условиями. Понятие «мочь» отнюдь не принадлежит к числу определений, применимых только к предметам относительным, земным, эмпирическим. Напротив того, его содержание может быть раздвинуто до пределов истинно бесконечного, не утрачивая своего внутреннего смысла и не обнаруживая никакой жизненной нелепости. Соединение идеи мощи с идеей бесконечности дает понятие всемогущества, которое является, как известно, одним из божественных определений и свойств. От всемогущества отличаются различные степени относительного могущества, присущие относительным существам. Реальной противоположностью могущества являются слабость и бессилие. Противопоставление могущества слабости свидетельствует, что названные идеи выражают известные ценностные свойства, а не отношения безразличных смысловых значений. В системе возможных практических отношений могущество стоит выше бессилия и слабости. Означает ли это, что всякое могущество оправдывает себя простым фактом своего существования? Подобное самооправдание содержится разве только в идее всемогущества, поскольку оно есть свойство абсолютного. Включая в себя все положительные определения, абсолютное существо не может не соединять могущества с добром и правдой. Всякое относительное могущество, наоборот, является положительным только в том случае, если оно особо обосновано или оправдано, — иначе оно может быть могуществом отрицатель-

ным и злым. К числу подобных обоснованных могуществ принадлежит и правовая мощь, «правомочие».

Право не есть простое «posse», не есть голая мощь, как это утверждалось Спинозою и натуралистами. Право есть мощь особо оформленная. Оно предполагает присутствие некоторой ценности, от наличности которой простое «posse» приобретает правовые качества. «Я могу» превращается таким образом в «могу по праву», становится правомочием. Правомочие и есть мощь, носящая в себе ценность. Понятие «licere» (быть дозволеным, сметь), как раз и создано для выражения этого свойства особой обоснованности. Юридически можно то, что дозволено, что разрешено, другими словами, то, что обосновано ценностью или оправдано. В этом значении понятия «posse» и «licere» не только не исключают друг друга, но последнее всецело предполагает первое. «Дозволенным» может быть только то, что содержит в себе «возможность», что связано с понятием мочь. То, что вообще не может быть, не может быть и дозволенным.

Что касается «должного», то нужно признать вполне правильным мнение нормативистов, усматривающих во всяком должном особый модус или особую категорию. Только модус этот отнюдь не всегда связан с формой нормативности. Справедливо различают чистую или идеальную форму долженствования от долженствования нормативного характера[1]). Первое не предполагает воли и не имеет формы императива. Когда мы говорим: «так есть и так должно быть», мы никому не приказываем и ничего не нормируем. «Справедливость

[1]) Ibid, S. 206 ff.

должна царствовать в мире» — разве это положение имеет тот же смысл как и нормы: «поступай так, чтобы правило твоей воли было всеобщим законом?» «Идеальное долженствование содержит высказывание о некотором об'ективном порядке вещей, которому приписывается особо ценностное значение. «Так должно быть» — это значит: «нечто соответствует высшему разуму», содержит в себе высшую необходимость. Идеальное должное есть иное выражение для идеи высшей необходимости, — не естественной необходимости фактов, но нравственной необходимости особого ценностного порядка. Таким образом отличие нормативного долженствования от должного в идеальном смысле сводится к отличию возможности от необходимости. Но противопоставление этих понятий лежит в основании отличия нормативного долженствования от «posse». Нормативное долженствование обозначает также некоторую необходимость актов и волеизлияний, проистекающую от внутреннего или внешнего понуждения. Понуждение это именно и отсутствует в простом «posse», как свободном и несвязанном проявлении возможностей.

И «posse» и «debere» суть модусы, применение которых одинаково характерно и для нравственного и для правового отношения к миру. Но в чем же их различие в нравственности и в пределах права? Существует нравственное «posse», характерная особенность которого сводится к полному слиянию его с «debere». То, что нравственно «можно», является в то же время и должным[1]). Нравственность не терпит относительного безразличия чистого «могу», ко-

[1]) Как на это указывает Reinach, l. c.

торое вольно выбирать любое направление. Она требует определенности и руководствуется особой необходимостью. Поэтому нравственная мощь и является добродетелью, т. е. состоянием фактического слияния «posse« и «debere». Добродетель есть мощь к совершению должного, способность добра, через которую должное стало возможным и природное осуществимым. Но существует и правовое «posse», отличительной особенностью которого является некоторая оторванность от «debere». В праве, то, что «можно», отнюдь не является должным. Мы встречаемся здесь с чистой самостоятельной формой «posse», покоющейся на свободном выборе возможностей и направлений. Поэтому право и не всегда требует добродетели. В нем должное может при некоторых условиях существовать независимо от природных свойств и склонностей человека, независимо от настроений и чувств. Отмеченное слияние «posse» и «debere» в нравственности свидетельствует, что здесь мы имеем дело с областью, в которой гораздо большую роль играет эмоциональное отношение к ценностям. В добродетели мы и видим как раз непосредственное и внутреннее проникновение природы нравственной мощью, обнаруживающейся в самой жизни души, в ее глубоких внутренних стремлениях и чувствованиях. Оторванность «posse» от «debere» в праве указывает на неизбежность рефлексии и рассудочности. Свободный выбор возможностей и направлений предполагает рассудочную деятельность, для которой не необходимы внутренние движения чувств. Присутствие этих последних также излишне в том случае, если должное совершается по умственному усмотрению и обсуждению.

С точки зрения изложенных воззрений нельзя не признать справедливой небезызвестную теорию, утверждающую односторонний императивный характер нравственности и двусторонний императивно-аттрибутный характер права[1]. Нравственные отношения, как было уже сказано, не знают раздвоения «posse» и «debere». В них «posse» является другим названием для «debere» и наоборот. В нравственности, кто должен, тот и может, а то, что можно, является в то же время должным. Иное дело в области права, где отношение «posse» и «debere» являются отношениями двух совершенно самостоятельных элементов. Правовое «posse» мы наблюдаем только тогда, когда оно находит свой противовес в правовом «debere». Где нет правомочия, там нет и не может быть правообязанности. Поэтому мы никак не можем называть правообязанностью то состояние понуждения, какое испытывается, например, когда дело идет о соблюдении правил грамматики. Тот, кто связан определенными условиями речи, находится в ситуации должного, однако, такое долженствование отнюдь не предполагает какого либо правомочия, не предполагает связи с правовым «posse». Я «обязан» следовать правилам грамматики не потому, что кто-то от меня имеет право это требовать, но оттого, что так предписывается правилами данного языка. Но подобным же образом не связано с правомочиями и должное, вытекающее из требований моды, приличий, нравов и т. п. Едва ли можно признать также правовыми те обязанности, которые вытекают из требований религии, если только не считать, что Бог «юридически может» нам нечто предписывать. Такое мнение, было бы,

---

[1]) Теория Л. И. Петражицкого.

впрочем, искажением идеи Божества. Но полководец имеет право требовать подчинения от солдат, учитель имеет право требовать от учеников соблюдения порядка в классе, кредитор имеет право требовать возвращения долга и т. п.; во всех этих случаях наличность юридического «posse» порождает и определенные обязанности, которые нельзя не признать правовыми. Таким образом юридическими могут быть названы только такие обязанности, которым соответствуют некоторые правомочия[1]).

---

[1]) Из многочисленных новейших философов права точку зрения самостоятельности идеи правомочия по сравнению с идеей обязанности наиболее открыто и обоснованно защищал Harms в цитир. нами выше сочинении, стр. 101 и след.

III

Реальность права

Глава VI

ПОЛОЖИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

1. Нормативная теория права

Несмотря на чрезвычайное внимание, которое было направлено новейшим правоведением на изучение положительного права, — несмотря даже на то, что новейшее правоведение превратило теорию положительного права в своеобразную философию, — само понятие положительного права принадлежит к числу темных и невыясненных юридических понятий. По основному смыслу своему положительное право есть право установленное, историческое, реально существующее или существовавшее, ставшее так или иначе фактом и не могущее не обладать фактическим характером. Таковой, казалось бы, должна быть природа всякого положительного права в противоположность праву естественному; одна-

ко, современное развитие теории положительного права, особенно в Германии, двигается как раз в направлении, всего менее склонном к сближению положительного права с фактом. Типичным представителем такого взгляда является столь выдвинувшийся в современной юридической науке, глава так называемой австрийской школы в правоведении, Ганс Кельсен. Всецело примыкая к философии положительного права, будучи типичным юридическим позитивистом и противником естественного права, Кельсен в то же время является наиболее резким сторонником отрыва права от факта. По мнению Кельсена, юридическая норма есть нечто совершенно противоположное факту. Все фактическое принадлежит к области сущего, нормы же устанавливают должное. Сущее и должное разделены некоторой непереходимой пропастью, между ними не существует никакой связи[1]). При этом различие между ними не только формально, но, по крайней мере, в пределах права, оно и субстанционально. С формальной точки зрения сущее и должное суть два различных модуса мышления и, как таковые, они не могут друг с другом смешиваться и друг друга заменять[2]). Смешение их противоречило бы законам формальной логики, в частности закону тожества[3]). Однако, такое формальное различие ничего не говорит еще о различии в содержании. С формально-логической точки зрения различие между сущим и должным не превосходит различия двух понятий, содержание которых может принадлежат к одной и

---

[1]) Их разделяет „die volle Disparität", как говорит Кельсен, Hauptprobleme des Staatsrechts, S. 7.

[2]) Ibid, S. 7.

[3]) Ibid, S. 8.

той же предметной области. С формальной точки зрения нет ничего невозможного в том, чтобы содержанием должного являлось то же самое сущее, — только в особом методологическом смысле, так сказать, в модусе долженствования. И существуют такие области, в которых должное только формально несходно с сущим. Так, например, нормы грамматики, будучи нормами должного, содержание свое черпают не из разума, а из фактических и исторически принятых способов человеческой речи [1]). Нечто совершенно иное наблюдаем мы в области правовых норм, которые должны быть исключены из области сущего не только по форме своей, но и по содержанию. Содержание норм об'ективного права, в особенности же содержание законов, создается путем некоторого правотворческого акта, который совершенно независим от фактического развития права [2]). Акт правотворчества есть акт разумный, решительно разрывающий связь со всем фактическим [3]). Отсюда следует, что юридические нормы в гораздо большей степни принадлежат к области должного, чем нормы грамматики и даже этики; юриспруденция же в более решительном смысле является нормативным знанием, чем другие нормативные науки [4]).

С изложенной точки зрения было бы весьма неправильным приписывать юридическим нормам какой либо фактический характер. Идея фактичности не может найти места в науке, в которой право

---

[1]) Ibid, S. 7, 33, 39, 55.

[2]) Ibid, S. 38—39.

[3]) Ibid, S. 43.

[4]) Ibid, S. 36, 39.

рассматривается, как норма, как должное[1]). Признак фактичности ни в коем случае не может быть признаком права, по крайней мере, в юридическом смысле этого слова. И следует решительно отвергнуть довольно распространенное среди юристов мнение, согласно которому фактическое каким-то образом может определять нормативное. Тот, кто говорит о нормативной силе фактического, незаметно совершает подмен вопроса о должном вопросом о сущем. Должное, как было сказано, есть особый модус мышления, как бы особая формальная категория, которая может наполняться при известных условиях и чисто фактическим содержанием. Но из содержания этого никак нельзя вывести формы долженствования, доказывая, что некоторые факты приобретают нормативное значение или отменяют нормы; тем самым, в сущности говоря, отвечают на историко-психологический вопрос о том, в силу каких причин изменяется содержание данных норм, описывают изменения в психологических переживаниях и в мотивах поведения, а не выводят должное. Форма долженствования остается при подобных попытках первоначальной и невыводимой[2]). Вообще говоря, как утверждает одни из современных сторонников философского норматизма, нужно остерегаться применять к идее нормы признак фактичности, т. к. понятие факта приобретает от этого чрезвычайно неопределенный смысл. «Норма ни в коем

---

[1]) Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität, 1920, S. 88—89.

[2]) Эти последние соображения я беру из ранней статьи И. А. Ильина, Die Begriffe von Recht und Macht. Arch. f. syst. Phil., N. F. XVIII. Bd., 1912, в которой в некоторых отношениях даже более последовательно, чем у Кельсена, проведена точка зрения чистого нормативизма.

случае не может быть фактом, эмпирической реальностью... Фактичность нормы состоит не в ее реальном существовании, не в ее реальной действительности, но в ее идеальном значении, в способности идеального действия»[1]).

2. Идея факта

В противопоставлении положительного права факту наиболее невыясненным понятием является второй член, — именно само понятие факта. В то время как на каждом юристе лежит долг более или менее тщательно выяснить, что следует понимать под правом, по отношению к идее факта никто не чувствует никаких особых долгов и обязанностей. Ибо кто же не знает, что такое факт?

В обычной речи понятие факта применяется нередко для обозначения всего того, что в каком бы то ни было смысле существует или утверждается. В этом широком значении понятие факта может быть применяемо не только ко всему реальному, но и ко всему сверхопытному, идеальному, фиктивному, символическому и т. п., поскольку оно каким то образом существует и утверждается. Ведь это есть «факт», что помимо опытных фактов суще-

---

[1]) Br. Bauch, Ethik. „Die Philosophie im Beginn des XX Jahrhunderts, 1-te Aufl. Bd. I, S. 91, Not. 1. — «Господству воззрения, покоющегося на отожествлении права и факта, повидимому, всё-таки приходит конец» — говорит не без некоторой наивности один из новейших русских последователей новокантианства в философии права. Ср. Э. Э. Понтович, Проблема государственной власти, II. Факт и право. «Известия Иваново-Вознесенского Политехнического Института», Петроград, 1919.

ствуют еще нечто сверхопытное, кто его видит и чувствует. В таком же смысле можно сказать, что фактом является и «должное», и реальный мир, и бред сумасшедшего и т. д. В этом своем широком значении понятие факта совпадает с категорией бытия в смысле Гегеля, как наиболее общего определения всего мыслимого. Нет и не может быть ничего, что не заключало бы в себе этого определения. Иными словами, нет и не может быть чего либо совершенно лишенного бытия. Даже «ничто» существует, в определенном смысле этого слова, хотя бы как мысль. Нет ничего такого, что можно было бы противопоставить бытию, как нечто совершенно противоположное. Всякая противоположность бытию предполагает то или иное существование. В этом широком смысле можно сказать, что все есть факт, что фактом является даже самое отрицание факта.

Совершенно ясно, что при таком толковании понятия факта совершенно утрачивает смысл противопоставление факта праву. Конечно, и право есть факт, в широком смысле этого слова, т. е. оно как то существует и утверждается, — как чистая мысль, как должное, как норма или как нибудь иначе. Противопоставление факта праву впервые приобретает смысл тогда, когда идея факта подвергается ограничению, когда под фактом начинают разуметь уже не бытие вообще, а какой то определенный род бытия. Каковым же может быть подобное ограничение и как его нужно понимать?

Наиболее незначительного сужения фактического мы достигаем тогда, когда отожествляем его со всем «данным» в противоположность всему произвольному, предвнесенному, надуманному, фиктивному, явившемуся в результате искусственной кон-

струкции[1]). Идея факта в указанном значении совпадает с тем, что дано «само по себе», «непосредственно», что может быть предметом непосредственного созерцания [2]). Противопоставлять факты в означенном смысле можно всему познаваемому посредством символов, знаков, искусственной обработки, рассудочного оформления. Противопоставления эти до известной степени совпадают с противопоставлением иррационального рациональному, поскольку под иррациональным мы будем разуметь все в основе своей непонятное, просто т а к существующее, т а к положенное, под рациональным же — понятное, познаваемое и нами сотворенное. В таком определении момент иррационального является присущим не только физической природе и не только всему данному во времени, но также и физическим законам, математическим формам, категориям и даже логическим значениям. Число категорий, измерения пространства, основные физические законы, элементарные логические свойства—иррациональны, коль скоро они т а к просто нам даны в их независимых от нас общих свойствах и отношениях [3]). И поскольку они являются нам данными фактами, постольку они противостоят изобретенным нами символам и фикциям в смысле философии Файгингера или новейшего прагматизма.

---

1) Ср. выше гл. II.

2) M. S c h e l e r, Der Formalismus, S. 44—46. Об этом понятии «факта» речь шла в исследовании вопроса о правовой структуре. Там говорилось о «фактах», как о непосредственных правовых данностях, в дальнейшем мы будем иметь дело с другим значением идеи факта.

3) См. N. H a r t m a n n, Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 1921.

Наряду с указанным существует и другой, более употребительный и принятый смысл, вкладываемый в идею фактичности в ее суженном и ограниченном толковании. Под фактом разумеют все то, что лежит в конкретном времени и что по существу своему носит печать индивидуальности[1]). Фактическое в этом значении характеризуется определениями: «случаться», «происходить», «являться», «становиться», «начинаться» и т. п. Весьма наивным заблуждением нужно считать мысль, что фактическое в этом смысле совпадает с физической природой или, как иногда думают, с областью господства закона и причинности. Физическая природа является только одним из способов временного существования и никак не покрывает собой мира фактичности. Правильнее определять мир фактического бытия, как мир длительности вообще, понимая под длительностью, как временную изменчивость, так и временную устойчивость (постоянство, стабильность, константность). Мимолетность и вечность будут пределами этого временного существования, его крайними состояниями. В этом смысле длительны не только психические явления, как об этом учит Бергсон; длительна не только «последовательность без взаимной внеположности», длителен не только вечный поток изменений; — длительно также и все то, что пребывает, как временная константа, налич-

---

[1]) Ср. Linke, Das Recht der Phänomenologie, „Kantstudien", Bd. 21 (1917), S. 197, указывает на отмеченную двойственность в понятии факта: „Auch die Mehrdeutigkeit des Wortes „real" (ebenso wie „tatsächlich" und „wirklich") macht sich hier störend bemerkbar: einmal heisst es soviel wie wahrhaft vorhanden, in unmittelbar zugänglicher Weise gegeben, dann aber soviel wie in der tatsächlich-einmaligen Welt der Individuen irgendwann und vielleicht auch irgendwo vorhanden".

ность которой мы наблюдаем не только в явлениях внешней природы, но и в нашем психическом мире[1]). В этом смысле и мертвая природа с ее вечными законами также «длится», пребывая неизменной во времени. Физическое постоянство не есть потусторонность времени, но большая или меньшая устойчивость в его пределах. Однако, отожествление фактического с длительным также едва ли можно признать вполне справедливым. Область того, что может случаться и происходить, — что, следовательно, включено в пределы конкретного времени, — представляется гораздо более широкой, чем стихия длительности. Длящееся в его различных формах есть только часть фактического, в пределах которого могут существовать предметы, длительности совершенно чуждые. Теория Ньютона, напр., по формальной включенности своей во временный процесс, есть несомненный временный факт. Теория эта была создана, произошла, явилась в известный момент времени и даже связана с известными точками пространства. Такими же фактами является роман «Евгений Онегин», кодекс Наполеона, философский разговор Федр и т. п. Однако, по внутреннему существу своему, теория Ньютона не есть длящийся факт. Внутренний структурный состав ее, — то соотношение истин, которое ее образует,— не длится сам по себе, но просто существует в некотором логическом отношении. Теория Ньютона может отжить свой век, может быть изменена, дополнена,

[1]) Как это ранее было установлено в § IV, гл. 3. Здесь следует еще раз подчеркнуть установленное ранее различие между «вневременным», «запредельным времени», с одной стороны, и «вечным», «постоянно длящимся» с другой. Ср. выше.

опровергнута и т. д., однако логический скелет ее, изложенный в сочинениях Ньютона, — то соотношение истин, которые составляют эту теорию, — всегда будет иметь один и тот же, внутренне тожественный и неизменный смысл. От постижения этого смысла зависит каждое исправление теории, пополнение ее, опровержение и всякое понимание. Но подобным же внутренним смыслом обладают и «Евгений Онегин», и кодекс Наполеона и т. д. Неправильно думать, что смысл этот может «длиться», что его единство есть постоянство вечной устойчивости в пределах времени. Таким постоянством может обладать сознание смысла, но не сам смысл. Сам он вневременен и даже сверхвременен, оттого он и должен быть выключен из царства длительного бытия.

Принимая во внимание эти явления, приходится признать, что расширение идеи фактичности за пределы не только царства природы, но даже и за пределы мира временной длительности имеет некоторые весьма веские основания. Существуют факты, содержанием которых является временное бытие, и факты, содержанием которых является смысл [1]).

---

[1]) „Nicht nur Worte, auch Tatsachen bedeuten etwas, und auf diese Bedeutung ist der Phänomenologe eingestellt". Külpe, Die Philosophie der Gegenwart in Deutschland, 1914—16, S. 143. — Отсюда видно, почему двоится и само понятие «опыта». «Опыт», с одной стороны, есть познание временных конкретных и индивидуальных фактов, с другой стороны, — познание непосредственных данностей, «чистых фактов». Этими соображениями раз'ясняется недоразумение, в которое впадает Th. Elsenhaus, „Kantstudien", Bd. 20 (1915), S. 236: „Denn darüber ist kein Zweifel, dass einer der schwächsten Punkte der Phänomenologie in der Vereinigung zweier Behauptungen liegt: der einen, dass es sich dabei um die Erfassung von „Gegebenheiten"

И этому царству фактического, т. е. случающегося и происходящего, противостоит все то, что никогда и ни при каких условиях не может случаться или происходить и, следовательно, не может быть связано с фактичностью. В частности, сюда относятся:

1. Такие смысловые содержания, к которым вообще неприменимы фактические определения, — даже в их чисто формальном применении. Нелепо сказать, что истины: A = A, 3 + 3 = 6 и т. п. «произошли», «явились», «случились». «Случилось так, что 3 + 3 «стало» шестью». «Случилось так, что прямая «стала» кратчайшим расстоянием между двумя точками». «Случилось так, что делимое «стало» равняться делителю, помноженному на частное». Такой способ выражения математических или логических истин является просто неверным: отношения, в них выражаемые, вовсе не «случаются» и не «становятся», а просто существуют в некотором необходимом порядке. И если можно говорить о «происхождении» этих истин, то идея происхождения касается не их существа и структуры, но только того сознания, которому удается схватить и понять содержание их. Вполне может «случиться» так, что человек, не понимающий геометрических теорем, с определенного момента времени начнет понимать их; что люди, не отдающие себе отчета в законах логики, в определенный момент истории придут к их познанию. Это «понимание», «познание», «постижение», «сознание» и т. д. чистых значений есть случайное и внешнее событие, наличность которого не может оказывать ровно никакого

---

handelt, und des anderen, dass dieses Verfahren selbst doch von jeglicher Erfahrung losgelöst sein soll“. Феноменология стремится отрешиться от «опыта» в смысле познания временных, единичных событий.

влияния на существо предметного состава, в названных истинах содержащегося. К таковым чистым смысловым содержаниям или к «идеальным предметам» принадлежит также и изученная нами ранее «структура права» в ее основных элементах. Нельзя сказать по отношению к этой структуре, что она в каком-нибудь смысле «произошла», «случилась», «изменилась» и т. д. Нелепо, например, сказать: «случилось так, что право стало предполагать ценность» или «стало обладать носителем соответствующих актов». Структура права является тем существенным определением, которое лежит за пределами всего временно-фактического со всеми его разнообразными свойствами и отношениями.

2. Фактическому противостоит далее то, что новейшая философия называет чистым сознанием, чистым Я, или чистым феноменом, как эти понятия были определены нами ранее. Чистое сознание, будучи непосредственно дано нам, не является «фактом» в смысле временного существования. Оно само не лежит во времени, но содержание его излучается им во временный процесс [1]).

3. Фактическому противостоит, наконец, абсолютное существо или Бог, как нечто не соединимое ни в каком смысле с идеей времени и совершенно по существу своему сверхвременное. Нельзя мыслить, что абсолютное может в каком бы то ни было смысле «случаться», «происходить», «становиться» и т. д. Поэтому ему и несвойственны предикаты фактического.

---

[1]) Ср. выше гл. III. Отсюда видно, что отмеченные нами два различных значения в понятии «факта» могут перекрещиваться. То, что может быть «фактом» в смысле данности, может не обладать «фактическим» характером в смысле длительности и наоборот.

3. Нормативные факты

Само собою разумеется, что положительное право, как область человеческих установлений, не может быть фактом в смысле чего то непосредственно данного, само по себе существующего. Напротив того, в этом смысле положительное право всегда не «фактично». Но можно ли противопоставлять положительное право фактическому в смысле временного существования? Положительное право не может быть ни чистым значением, которое никогда не происходит и не случается, ни чистым сознанием как оно было определено нами выше, не может оно принадлежат также к миру Божественных предметов. Положительное право, как право установленное, действующее или действовавшее, должно обладать чисто фактическим характером и принадлежит к миру временных фактов. Не обладающее фактическим характером положительное право есть просто бессмыслица, вроде четыреугольной окружности. Но, разумеется, положительное право не есть и не может быть по содержанию своему «длительным», естественным фактом в вышеупомянутом смысле этого слова. Содержанием положительного права является присущий ему внутренний смысл, — принятие этого простого вывода разрешает все основные недоразумения нормативной теории права. Из них первым и самым главным является ложное допущение, что область фактического совпадает с областью природного, т. е. временно длительного существования, что, следовательно, не может быть никаких иных в пределах времени совершающихся фактов, кроме фактов, содержанием которых является длительность. Нормативисты по большей части идут еще далее, совершая еще более грубые ошибки: они

отождествляют фактическое с причинно-обусловленным в строгом естественно-научном смысле этого слова. Если исходить из такого допущения, вполне последовательно приходится отрицать фактический характер за всем тем, что не принадлежит к миру природы и к сфере господства закона причинности. В таком случае любая исторически-установленная норма, т. е. норма происшедшая во времени, существующая во времени, имеющая или имевшая силу, несмотря на все эти присущие ей свойства, должна быть исключена из области фактов и перенесена в какой то совершенно особой мир должного. Так родилось вышехарактеризованное нами учение о юридически должном, совершенно вынесенном за пределы мира фактических отношений. Изданный в известном порядке, в определенный момент времени закон, — несмотря на свою чисто положительную, обусловленную государственной волей природу, — каким то чудесным образом об'является лишенным всяких свойств фактичности. Поистине, нельзя дойти до большего абсурда, чем это делает, впадшая в крайний нормативизм, философия положительного права.

Защищаемый нами взгляд на фактический характер положительного права не может обойти молчанием недостаточно оцененную в современном правоведении теорию «нормативных фактов» Л. И. Петражицкого. Основная мысль этой теории сводится к утверждению, что могут существовать факты, в которых лежат «основания обязательности» некоторого поведения, — может существовать, другими словами, разум, логос или смысл фактов. С точки зрения чистого нормативизма мысль эта может показаться настоящей философской безграмотностью. Как можно, на самом деле, сочетать такие понятия,

как «нормативность» и «факт»? Но достаточно отрешиться от гипноза новокантианских философских понятий, — и данное словосочетание утратит характер нелепости. На самом деле, отступая несколько от терминологии Л. И. Петражицкого, можно утверждать, что любая норма положительного права есть «нормативный факт». Она является фактом, поскольку действует или действовала; она обладает нормативным смыслом, поскольку является нормой. У самого Л. И. Петражицкого понятие нормативного факта имеет более узкое значение. Л. И. Петражицкий называет нормативным фактом «такие составные части интеллектуально-эмоциональных переживаний», которые «определяют содержание и обусловливают обязательность» этических, эстетических или правовых «диспозиций»[1]). От нормативных фактов он отличает, во-первых, «переживания, связанные с представлениями этих фактов», — в частности в области правовых явлений, императивно-аттрибутивные переживания или «само позитивное право, как реальный феномен»; во вторых, «соответственные нормы, эмоциональные фантазмы, порождаемые этими переживаниями»[2]). Что касается до этих норм, то, поскольку они связаны с нормативными фактами, они обладают, по мнению Л. И. Петражицкого, гетерономным характером и тем отличаются от автономных, не ссылающихся на нормативные факты норм интуитивного права[3]). Различия эти отнюдь не отрицают общего взгляда на поло-

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, I, стр. 28.

[2]) Ibid., II, стр. 519.

[3]) Ibid., I, стр. 28, 47 и специальная глава об «интуитивном праве» во II томе.

жительное право, как на область явлений временно-фактического характера. Они только служат основой для чрезвычайно интересного учения Л. И. Петражицкого об источниках права. Юридическое учение об источниках права, по мнению Л. И. Петражицкого, является учением о видах положительного права. И, именно, теория нормативных фактов позволяет значительно расширить учение о видах положительного права сравнительно с общепринятыми взглядами. Виды положительного права не исчерпываются законом, обычаем и судебным решением, как это обычно думают юристы. Может быть столько видов положительного права, сколько видов нормативных фактов. Но если поставить вопрос, «какие же категории фактов могут играть роль нормативных фактов», на него нельзя дать какого либо вполне точного ответа [1]). Мы подходим здесь к одному из самых интересных мест теории Л. И. Петражицкого, в котором обнаруживается не только все ее особенности, но и наиболее уязвимые стороны. Свойство «нормативности», которым обладают некоторые факты, не является, по мнению Л. И. Петражицкого, свойством чисто об'ективным. «В этом отношении следует иметь в виду и помнить, что способность быть правовым или нравственным и т. п. нормативным фактом не есть об'ективное свойство об'ективных внешних событий, а зависит от психики тех, которые с ним (с их представлением) имеют дело, и от их склонности к таким или иным психическим реакциям на соответственные представления» [2]). «Таких категорий и фактов, которые бы, так сказать, по при-

---

1) Ibid., II, стр. 527.
2) Ibid., II, стр. 526.

роде своей, независимо от других условий, непременно действовали бы нормативно, в области правовой психики нет и не может быть»[1]). Все зависит таким образом от самой психики и все имеет относительный характер: при некоторых условиях могут быть выдвинуты психикой одни виды нормативных фактов, при других — другие. «Дело зависит от психического состояния подлежащих индивидов или народных масс, от их психических склонностей, психических привычек и диспозиций, убеждений различного рода» [2]).

Само собою разумеется, что при таких условиях нельзя дать какой-либо точной классификации видов положительного права или источников права. Возможно только чисто опытным путем указать, какие виды положительного права встречались в истории и практике. Так и поступает Л. И. Петражицкий. Он механически насчитывает более пятнадцати видов положительного права, не приводя их в какую-нибудь систему и не сводя их к каким либо общим началам (закон, обычай, судебная практика, книжное право, communis opinio doctorum, учение юристов, экспертиза, законодательные изречения, правовые примеры, договоры, обещания, програмные действия, прецедент, признание, юридические поговорки, привычки и т. д.). Нельзя оспаривать, что это учение об источниках обладает большой оригинальностью, но его необработанный и несистематический характер едва ли может удовлетворить даже тех юристов, которые не придают большого значения философским вопросам. Причина этих свойств глубоко коренится в психологизме и релятивизме

---

1) Ibid., 525, курсив везде наш.
2) Ibid., II, стр. 521.

теории Л. И. Петражицкого. Достаточно допустить, что свойство нормативности есть объективное свойство некоторых фактов, а не каприз человеческой психологии, — тотчас же в совокупности различных видов положительного права начнет просвечивать некоторая система. На самом деле, существуют такие факты, которые по внутренней природе своей, по присущему им логосу, обязывают к определенным действиям и требуют их. К ним принадлежат прежде всего те фактические, во времени и пространстве совершающиеся события, которые являются порождением человеческой деятельности и именуются актами. Сюда относятся, например, такие акты, как обещание, договор соглашение, учредительные акты и т. п. [1]). Невозможно оспаривать, что все они имеют характер чисто фактических событий, и в то же время, по внутреннему смыслу своему, события эти чисто нормативны. Внутренний их смысл сводится к тому, чтобы, по выражению Л. И. Петражицкого, «определять содержание и обусловливать обязательность» некоторых «диспозиций». Когда совершено обещание или заключено соглашение, обусловленное ими последующее поведение является обязательным не потому, что это соответствует склонностям «индивидуальной или коллективной психики», но потому что так требует внутренняя логика соответствующего акта. Мы имеем здесь дело не с внешней механической связью, не с внешним сцеплением событий, но с внутренним разумом положенных принципов и вытекающих из них следствий. Человеческие склонности менее всего любят следовать путем этой логи-

---

[1]) Исследование их тщательно произведено Рейнахом, 1. с.

ки; напротив, склонности твердят часто нечто ей совершенно противное. Следуя склонностям, часто бывает легче не исполнить обещанного, но если мы предпочитаем другой, более трудный путь, то делаем это, следуя внутреннему голосу тех принципов, которые положены в данном акте и утверждены им. Бывают такие исторические и личные настроения человеческой психики, которые склонны отвергать эту логику, допуская нарушение требований, вытекающих из названных актов. Но допущенный обман все таки остается обманом, раз дано слово или заключено соглашение. Отношение неисполненного к обещанному не есть вопрос настроения, а вопрос своеобразной логики; и вытекающие из нее отношения не изменяются в зависимости от настроения. Если я пообещал что-нибудь сделать, эйдетический состав обещания со всеми его последствиями образует целостный состав смысловых связей, независимо от настроения, чувств и различных эмпирических процессов, среди которых протекала реализация этих актов.

Названные факты можно назвать «нормоустановительными» или «нормативными» в чисто об'ективном смысле этого слова. Иным характером обладают те виды нормативных фактов, которые не являются самопроизвольными действиями, волеизлияниями или актами, но представляют собою некоторое непроизвольно установившееся состояние или отношение. К ним относятся прежде всего сложившиеся обыкновения, привычки, принятый и заведенный порядок вещей, «старина» и «пошлина». При изучении этого нового вида нормативных фактов прежде всего встает вопрос о природе обусловленности, которая из них вытекает. Повседневный опыт убеждает нас, что привычка способна

«обусловливать» наше поведение, однако, обусловленность эта имеет не логический, а чисто автоматический характер. Вытекающие из привычки действия, обычно, обнаруживают не эйдетическую, а механическую необходимость. Нормативная сила привычки вытекает из автоматической способности следовать раз данному образцу, из простой косности или же из соображений наименьшей траты сил, удобства и пользы. Юристы очень часто говорят о нормативной силе фактического, разумея под этим своеобразную способность человеческой психики считать нормальным и должным то, к чему привыкли [1]). Так новый революционный правопорядок сначала кажется несоответствующим праву, а потом, когда к нему привыкают, его начинают считать сообразным с правом. Главной действующей силой является здесь психическая инерция: в силу нее отвергается новый порядок, как автоматически необычный, и в силу нее новые отношения провозглашаются правовыми, как только приобретаются новые привычки.

Если такова природа этого вида нормативных фактов, то нормативность их, конечно, не является «об'ективной». К ней всецело приложимы вышеприведенные характеристики Л. И. Петражицкого, согласно которым нормативность зависит от склонности людей «к таким или иным психическим реакциям на соответствующие представления». Мы считаем невозможным оспаривать то, что различные исторические институты положительного права в качестве нормативных фактов, на которые они опирались, имели подобные лишенные внутренней логики события и отношения. Реальная система дей-

---

[1]) Ср. ниже, §§ 6 и 8.

ствующего права не складывается никогда из одних логических связей. Фактором ее обыкновенно бывает и чуждый разуму фактический момент. Нормативность фактов означает в таком случае только способность приспособления к той или иной внешней необходимости, — способность сообразоваться и считаться с лишенными внутреннего смысла фактическим событиями и отношениями [1]).

Остается наиболее трудный и теоретически наиболее неисследованный, а потому и интересный вопрос, могут-ли этого рода нормативные факты содержать в себе некоторый логический момент и, следовательно, обусловливать возможность, не только автоматически привычного, но и логически последовательного поведения? Известное «спиритуалистическое» воззрение на право придерживалось как раз этой точки зрения. В основе юридического обычая, как учил еще Пухта, лежит не бездушный автоматизм привычки, но полное смысла «народное убеждение» [2]). Чувство «внутренней необходимости», к которому сводил, как к последней инстанции, всякое право Савиньи, свидетельствует о неавтомати-

---

[1]) Ср. ниже, § 6.

[2]) „Den Anteil, welchen die Uebung an seiner Entstehung hat, bestimmt man häufig so, dass durch die Gewohnheit das Recht entstehe, eine Meinung, die mit den vorhin erwähnten materialistischen Vorstellungen über die Entstehung von Volksansichten zusammenhängt. Die wahre Ansicht ist die umgekehrte; die Uebung ist nur das letzte Moment, in welchem das entstandene, in der Ueberzeugung der Glieder des Volks lebende Recht sich völlig äussert und verkörpert. Der Einfluss, welchen die Gewohnheit auf die Ueberzeugung hat, ist nur der, dass diese sich dadurch jene zum Bewusstsein kommen und befestigen kann". Puchta, Kursus der Institutionen, 10-te Aufl. 1893, S. 18.

ческом, разумном существе юридического обычая[1]). Если бы эти взгляды были справедливы, пришлось бы допустить, что, наряду с вышеупомянутыми актами, первичным источником права могут быть также и некоторые непроизвольные фактические состояния, обладающие идеальной, а не автоматической нормативной силой. Существуют-ли такие состояния и где их следует искать?

Идея правового чувства или правосознания, к который обращались не только создатели исторической школы юристов, но и многие другие[2]), по существу своему, не может совпадать с понятием нормативного факта в вышеприведенном смысле слова. Правовое чувство часто называли «источником права» — очевидно, играя при этом понятиями и не выдерживая терминологии: идея источника берется здесь не в юридическом, но в генетическом и историческом смысле; правовое чувство есть источник права потому, что из него родится, истекает всякое право. То же нужно сказать и о часто встречающемся, очень неопределенном по своему смыслу слове «правосознание». Когда утверждают, что правосознание есть конечный источник права, под понятиям источника разумеют не нормативный факт, а нечто совсем иное, — а именно «чистое сознание», как возможный спутник возможных актов. Но такое сознание, как это было уже сказано, не является фактом или фактическим состоянием в временно-историческом смысле этого слова. Оттого правосознание в действенном его значении не может

[1]) Впрочем Савиньи и другие представители исторической школы не вполне ясно различали фактическую необходимость исторического развития права от внутренней необходимости правового логоса.

[2]) Ср. выше.

быть видом проявления положительного права или правовым источником.

Однако, можно применять понятие правового чувства, правосознания, правового разума и т. п., в другом, новом значении. Можно принимать их не в смысле непосредственной действенности актов, но в значении уже проявившихся во времени результатов, — не в смысле чисто возможного, но в значении уже достигнутого и воплощенного. Я думаю, что для обозначения этих явлений всего лучше подходит понятие э т о с а. Существо этоса определяется прежде всего тем, что он не является продуктом произвольных действий, целеполаганий и волеизлияний. Этос не создается ни договорами, ни соглашениями, ни актами учредительного характера. Этос родится сам собою, как результат медленного органического процесса. Однако, процесс этот не есть процесс бессмысленной природной необходимости, напротив, он полон глубокого внутреннего смысла. По существу своему этос является созданием глубоких и еще не осознанных эмоций, которые несут в себе и обнаруживают ценности. Любовь и ненависть, конечно, не в сознательных и духовных формах проявления, но в виде инстинктов симпатии и антипатии, — вот что является первоначальными созидающими этос силами. Оттого, все выношенное и рожденное в этой стихии не имеет характера сознательного творчества, но представляется как бы миром «второй природы». И в то же время это есть не мир безразличного природного бытия, но мир осуществленных и реализованных ценностей. Человеческому сознанию при встрече с явлениями этоса кажется, как будто бы они родились в глубоком сне исторического прошлого. С удивлением оно принимает их, как существующий факты, и в

то же время прозревает в них содержания, которые несет в себе и сознательная духовная жизнь, поскольку она эмоционально живет, т. е. любит и ненавидит.

Явления этоса в принятом смысле также могут быть нормативными фактами или источниками права. В них, именно, мы и встречаемся с некоторого рода особыми фактическими состояниями, не произвольными и не измышленными разумом, однако же обладающими истинной нормативной силой. Нормативная сила внутренно им присуща, благодаря наличности в них ценностного момента. Она является «об'ективным свойством» этих состояний, а не результатом случайных настроений и чувств. Так, именно, и нужно толковать известную теорию исторической школы юристов и примыкающих к ним течений, — которым не всегда, впрочем, удавалось отыскать вполне удачные формулировки для своих, по существу совершенно справедливых воззрений. Обычай, старое обыкновение, «старина и пошлина», являются источниками права не потому, что они автоматически привычны, но потому что они представляют собою вид этоса, — потому что в них может жить имманентная им ценность. Все, за исключением разве только терминологии, справедливо в следующих словах Шталя — одного из несправедливо забытых ныне философов права. «В глубине отдельного жизненного отношения (в имуществе, браке, отношениях семейных, сословных и т. д.) живет идея мирового плана[1]), которая стремится к своему в нем воплощению. Выполнение ее является

[1]) Собственно говоря, «мировой икономии», «домостроительства» или «миростроительства», как всего правильнее можно перевести термин Шталя: „Die weltökonomische Idee“.

задачей права и составляет об'ем права. Поскольку право есть некоторый, основывающийся на природных явлениях нравственный порядок, постольку каждый правовой институт имеет свою естественную основу, так, например, собственность основывается на владении, брак на половых различиях, государство — на единстве народных сил и т. п. И уже в этой фактической основе присутствует свойственная ей идея мирового плана, которая проявляется, как смутное стремление, проясняясь с течением времени и овладевая фактической основой в качестве нравственной или юридической нормы.... Эта идея жизненного отношения с свойственной ему, зарождающейся еще в естественном стремлении и поднимающейся до нравственного порядка действенностью наполняет мировоззрение Аристотеля и называется τὸ οὗ ἕνεκα или телосом, — т. е. живущим внутри самих отношений и воплощенным в них стремлением или целью природы. По христианским же воззрениям она является в то же время Богом запечатленным в жизненных отношениях определением, а также и человеческим призванием к его исполнению»[1]).

Главное, и надо признать, доселе непреодоленное еще затруднение, на которое наталкивается воззрение на этос, как на нормативный факт, сводится к вопросу о существе вытекающей из этоса связанности и обусловленности. Если здесь дело идет не о чистом автоматизме привычных действий, то обусловленность эта должна обнаруживать характер высшей идеальной необходимости. Этос должен обязывать так же, как и вышехарактеризованные

[1]) Stahl, Die Philosophie des Rechts, 3-te Aufl. 1854, Bd. I, S. 203—204.

акты (обещание, соглашение и т. д.) связывают вытекающее из них поведение. Но можно-ли это утверждать по отношению к этосу, и не наталкиваемся ли мы при этом на опасность чисто фактические связи превратить в эйдетические, сцепление фактов истолковать, как связь идей?

Мы не спорим, что такая опасность всегда имеется на лицо. В исторических институтах, как было уже сказано, многие наслоения и пласты обнаруживают характер фактических сцеплений, естественной связи причин и следствий, — характер механизма и автоматизма. Задача философа и заключается в том, чтобы, удалив эти элементы, указать в этосе те другие наслоения, которые обладают идеальной природой. Я полагаю, что одно явление, на которое в данной связи не обращают достаточного внимания, может послужить исходной точкой для того, чтобы наметить идеальную сторону исторического этоса. Существуют среди исторических возникших форм нравственного этоса, а также и среди исторических институтов права, так называемые, абсолютные связи[1]). Особенностью их нужно считать то, что в них дело идет не об отношениях каких либо данных конкретных ценностей или лиц, но об отношениях ценностей вообще и лиц вообще. «Всякий кто», «любой», «каждый», — вот что является элементами означенных связей. В области права такие абсолютные связи — всем известны, хотя природа их и не является вполне разгаданной. Такова, прежде всего, связь собственности и других абсолютных прав. Таковы, далее, многие публично-

[1]) Об абсолютных правах кроме Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9-te Aufl. 1906, § 41, см. также A. v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, § 11.

правовые отношения и связи. Менее обращают на себя внимание явления исторически сложившегося нравственного этоса, между тем и здесь абсолютные связи имеют место и подлежат наблюдению. Рудольф фон Иеринг[1]) совершенно справедливо указал на то, что и в области сложившихся нравов существует поведение, имеющее чисто личное направление, и поведение, направленное на всех вообще и ни на кого в частности. Так можно быть любезным по отношению к кому-нибудь, но можно быть просто приличным или неприличным. Неприличный поступок неприличен «сам по себе», он затрагивает по существу своему «всех и каждого». Выражаясь юридически он есть поступок не in personam, но in rem. Поэтому направление моего поведения в смысле любезности или нелюбезности всецело лежит в моих руках и в моей воле, но законы приличия или неприличия лежат не в моей власти. Ими связано все общество в целом. Расшифровывая существо абсолютной связи, мы наталкиваемся прежде всего на это понятие «целого». Абсолютная связь указывает на то, что известные отношения предполагают идею целокупности, в которой нет членов оторванных и ушедших в себя, в которой каждый является членом некоторого идеального организма. Нарушение такого организма в одной части не может не затронуть всякой другой. «Кто приписывает себе право собственности на данное имение или иной предмет», — говорит Л. И. Петражицкий — «тот считает других обязанными терпеть любое (какое ему заблагорассудится) хозяйничанье, обращение с вещью и воздерживаться от вмешательства («не вступаться) и притом переживает

---

[1]) R. v. Ihering, Zweck im Recht, Bd. 2, S. 363.

эти психические акты с аттрибутивною силою: любое и исключительное (свободное от вмешательства других) хозяйничанье ему причитается, и этому должны другие подчиняться»[1]). Л. И. Петражицкий прав в том, что это отношение не есть физическое, но оно и не психическое в смысле моих личных, суб'ективных переживаний. В нем мыслятся «все другие», мыслится общество, как целое, в нем содержится идея всеобщей общественной связи. И всякий, кто считает, что нечто может быть об'ективно приличным или неприличным, не может подобным же образом не предполагать общества, как некоторой целостности. Поскольку исторический этос в своих веками и как бы в историческом сне сложившихся институтах воплощал в жизнь подобные всеобщие отношения и связи, постольку эти последние, по большей части неосознанно, предполагали идею общественного целого, в которой все связаны всеобщей идеальной связью. Узы этой связи, когда они приводятся в сознание и становятся предметом разумного понимания, обнаруживают характер не автоматической и механической, но разумной и эйдетической необходимости. Кто чувствует себя членом такого целого, тот стоит перед истинным нормативным фактом, который диктует «диспозиции», не случайные и не зависящие от настроения, но внутренно необходимые. Только идея целого и вытекающая из нее необходимость могут об'яснить загадочное и удивительное явление абсолютной этической и правовой связи. Каким образом чисто фактически и природно может быть связан «всякий» и «каждый»? Нельзя отдать приказ всем, даже еще не родившимся, и приказом этим связать их всех. Ведь

[1]) L. c. I, стр. 190.

многие из них даже не будут знать этого приказа и фактически не знают его. Как возможно между ними автоматическое сцепление? Но достаточно допустить, что сцепление не автоматично, но идеально, что в общем историческом этосе все живут членами единого целого, — и станет понятным, почему каждый обязан. Такова логика идей, на которых построена жизнь права.

4. Государство, как нормативный факт

Одним из видов нормативных фактов является также государство. В том то и заключается истина, так называемой, государственной теории права, что правовые связи, вытекающие из государственных актов и ими обусловленные, являются связями абсолютными, обнаруживающими характер особой, логической необходимости. Это обстоятельство, обыкновенно, ускользает от внимания юристов и государствоведов и потому требует особого обсуждения.

Менее всего возбуждает сомнение вопрос о фактической природе государства. Что всякое государство есть временный, исторический факт — эта истина является, повидимому, более очевидной и более общепризнанной, чем утверждение фактической природы положительного права. В сущности, не было даже сколько-нибудь серьезных сторонников воззрения, утверждающего противное и отрицающего фактический характер тех связей, которые устанавливаются государством[1]). Воззрение это

---

[1]) Эти воззрения более подробно развиты в моих «Очерках по общей теории государства», Москва, 1921, — книге, на которую я не могу делать точных ссылок, так-как по выходе ее в свет ни разу не держал в своих руках.

вытекает уже из донаучного, популярного взгляда на государство, как на общество, основанное на принуждении и по преимуществу практикующее принудительную деятельность. Связи, вытекающие из принуждения, не могут быть, конечно, связями идеальными. Они — фактичны в грубом механическом смысле этого слова; они предполагают простое внешнее сцепление событий, в котором не принимаются в расчет какие либо внутренние духовные отношения. Поэтому, если государство властно диктует свою волю, подчинение ей не есть акт, вытекающий их своеобразной логики, но простая, естественная необходимость считаться с фактами. Такое популярное воззрение на государство находит поддержку и в юридической теории, которая склоняется к мысли, что высшие предписания и нормы, вытекающие из воли государства, являются как бы своеобразными законами природы, требующими чисто фактического подчинения. Государство, по мнению представителей государственной теории права, есть высший носитель власти и первичный источник всякого права. Но «если в человеческом обществе имеется какой-нибудь высший носитель власти, то необходимо подчиняться всему тому, что он предпишет»[1]). Положение это имеет такой же ненарушимый характер, как закон природы. «Оно, подобно всякому закону природы, не вытекает из каких либо действий или актов, но представляет из себя суждение о происхождении и прекращении правового долженствования»[2]). Подобно любому закону природы положение это независимо от опытной действительности: действительные собы-

[1]) Слова W. Jellinek'a, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, 1913.
[2]) Ibid.,

тия являются только частными случаями этого закона.

Взгляды эти, по нашему мнению, довольно последовательно вытекают из теории, которая признает высшим источником права государство и в то же время в природе государства не усматривает никаких сверхопытных идеальных моментов. Ясно, что из государства в таком понимании не могут вытекать правовые связи, обладающие каким-то особым, идеальным содержанием. Чтобы такие связи были установлены, государство должно обладать особыми идеальными свойствами. И мы думаем, что свойства эти в существе государства имеются на лицо, хотя не всегда они ощущаются и выявляются.

Обычно упускают из вида, что государство есть единство уже знакомого нам абсолютного характера. Это вытекает прежде всего из особой природы государственной власти. Власть государства есть власть универсальная, предполагающая «общую» обязанность повиновения и послушания. Государственная власть связывает не только всех, без исключения, наличных членов государства, но она также охватывает и прошлые поколения граждан и будущие, обязывая еще не существующих и не родившихся. «Долг взаимной солидарности и верности», как некоторая непрерывная и ненарушимая связь, есть необходимое предположение государственного общения[1]). Но такая связь простирается не только на внутренно-государственные отношения, она не может не отражаться и на внешних отношениях любого государства. Государственная власть предполагает, что никто другой, посторонний, не может

[1]) Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, I, стр. 210.

посягать на вмешательство в внутреннюю жизнь государственного союза. В этом смысле государственная власть «адресуется» не только к гражданам, но и к всем другим реальным и даже мыслимым властным единицам с требованием воздерживаться от вторжения во внутренние свои дела и от всякого посягательства на внутреннюю свою самостоятельность или самостоятельность отдельных своих членов[1]). Совершенно справедливо, что в этих отношениях государственная связь сходна с другими связями абсолютного характера, в частности с правом собственности[2]). Она предполагает идею «целого» — мысль, являющаяся краеугольными камнем, так называемой, органической теории государства[3]). Но потому, именно, предписания государства и способны устанавливать связи не временно-фактического, но нормативно-идеального характера. Подчинение государственной власти не есть следствие фактической неизбежности, но результат признания разумной необходимости, вытекающей из принадлежности к некоторому целому.

Когда мы характеризуем такими чертами государство, мы разумеем, конечно, идею государственной связи, а не исторические воплощения ее в конкретных государственных формообразованиях. Всем известно, что исторические государства зачастую представляют собою более или менее механические

---

¹) Ibid.,

²) Ibid., 210—211. Об отличиях государства, как единства политической природы, от «частных» абсолютно-правовых связей ср. ниже.

³) Мне помнится, что я недостаточно развил эту мысль в моих «Очерках по общей теории государства»; излагаемые здесь взгляды несколько отступают от тех, которых я придерживался ранее.

агрегаты разнородных частей, держащихся вместе только благодаря более или менее случайному сцеплению. В частях этих живет иногда дух столь сильного обособления, что государственное целое тотчас же распадается, как только ослабляется или прекращается механическое упорство централизирующих сил. Исторически очень часто случается, что не «солидарность» и «верность» лежат в основании государственного целого, но насилие и коварство. Исторические государства родились и выросли в царстве голых, бессмысленных фактов и не могли, конечно, не считаться с этими фактами, не могли не подчинять им свою судьбу и свою внутреннюю жизнь. Органическое существо государства было вковано в мир случайных сцеплений событий, в мир естественной необходимости. Оттого многое в жизни исторических государств несет на себе печать механического автоматизма, а не органического строения. Однако, без этого последнего государство лишается своей души и перестает быть государством. Эмпирически полное отсутствие органического строя можно наблюдать только в эпохи создания или разложения государств, когда государственное единство еще не выявилось из первоначального хаоса или когда оно погрязло в такой хаос. Но факт сложения государства в целое предполагает идею некоторой абсолютной связи и потому является фактом нормативным.

Из сказанного следует, что защищаемое нами мнение об органической природе государства является не политическим требованием, имеющим в виду установить «должное»[1]), но теоретической исти-

[1]) Как стремится истолковать органическую теорию Г. Еллинек, Allgemeine Staatslehre, 1914, 2-te Aufl., S. 156.

ной о существе и природе государства. Мы глубоко убеждены, что во всех существующих и существовавших государствах, за исключением разве только крайних деспотий, проявлялся и проявляется этот органический строй. Любая государственная власть, стремящаяся придать своим волеизлияниям истинно нормативную силу, не может не поступать в предположении того, что общественный союз, ею управляемый, есть органическое целое. Только в этом предположении ее предписания будут истинными нормами, связывающими всех и каждого, устанавливающими всеобщие права и обязанности, обладающими ненарушимой силой.

Возможно только одно принципиальное отступление от этого общего закона, — это режим последовательного государственного деспотизма. Деспотическое государство, по внутренней логике своей не может существовать, как органическое целое и не может считать себя органическим целым. Будучи последовательным оно и не может считать себя союзом, обладающим единой, непрерывной и ненарушимой властью. Оно не может, строго говоря, допускать возможность какой либо регулярной законодательной деятельности, т. е. предполагать возможность издания связывающих всех без исключения, ненарушимых норм. Деспотическая власть не может притязать на идеально-нормативную силу своих предписаний. Строго говоря, такая власть способна только на одни «из'ятия» из норм и на практические окрики по адресу подданных, повинующихся из неизбежности и страха. Если она делает вид, что издает законы, она подрывает основы своего деспотического бытия. Она совершает как бы некоторый логический промах. Но даже и деспотии, утверждая себя государствами, невольно, в си-

лу внутренней логики вещей, вступали нередко на путь скрытого признания себя органическими целостностями. «Шапка Мономаха» не только тяжела, но она ко многому обязывает.

Признание государства нормативным фактом выдвигает чрезвычайно важный вопрос об отношении его к другим видам нормативных фактов. Решение этого вопроса, так называемой, государственной теорией права сводится к утверждению первенства государства в ряду других нормативных фактов, — первенства, которое вытекает в значительной степени из исторических особенностей государств новейшей европейской культуры. Монополизация правотворчества, столь характерная для жизни современных государств, является ничем иным, как возведением нормативной силы государства на степень первичного источника положительного права и низведением всех других нормативных фактов на степень источников вторичных или производных. Так, в сущности говоря, и строится современная теория права, отражая в соотношениях своих понятий эти исторические особенности новейшей европейской культуры. Современная теория не отрицает, что юридический акт может устанавливать права и обязанности, т. е. может быть источником права, однако же она признает правотворческую природу договора постольку, поскольку она разрешается государством. Поэтому современная теория, в качестве первичных источников права, выдвигает веления государственной власти, законы или нормы, — об'ективное право, — а учение о юридических актах отодвигается на второй план, излагается в отделе явлений производных, в отделе о суб'ективных правах [1]).

---

[1]) Ср. след. параграф.

Это может быть последовательным с точки зрения системы монополизованного правотворчества, но это не имеет за собой никаких действительно необходимых и очевидных основ[1]). И потому, в тех областях современного правоведения, которые имеют дело не с монополизированным, а с более или менее свободным правотворчеством, учение об источниках права и нормативных фактах неожиданно приобретает черты, не сходные с изображением общей теории права. В частности сюда принадлежит учение об источниках в международном праве, где соглашение и договор из юридических сделок прямо превращаются в первичные источники права[2]). Такая несогласованность в современной юридической теории об'ясняется тем, что она построена на изучении случайных исторических явлений, а не на разумении истинно необходимых отношений и связей. С точки зрения эйдетической одинаково нужно признать нормоустановительными фактами и акты государственной воли, и акты, вытекающие из воли отдельных лиц, как-то обещания, соглашения и пр.

---

[1]) См. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 88. Еще ранее Бергбома Бирлинг принужден был признать, что юридическая сделка может быть источником права. „Rechtsgeschäft" nichts anderes ist, als die Setzung irgendwelcher einem positiven Rechts subordinirter Norm" — говорит он в своем раннем произведении „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe", 2-ter Teil, 1883, S. 72. — На эту-же точку зрения определенно стал Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1-te Aufl., 1897, S. 4 ff. Ср. также F. Somlò, Juristische Grundlehre, S. 173.

[2]) См. об этом, напр., у Fr. v. Liszt, Das Völkerrecht, 11. Aufl., 1918, S. 10 Not. 2. — H. Bonfils, Manuel de droit international, éd. 5, p. 24 (также нем. пер. 3-го изд., стр. 24, где указана литература).

5. Нормативные факты и основные понятия положительного права

Если называть источником права все то, что способно устанавливать права и обязанности, то нормативные или нормоустановительные факты можно считать первичными источниками права. Они служат основанием для образования неограниченного количества норм, постановлений, предписаний и т. д. с соответствующими им толкованиями и из'яснениями. Последние во всей их совокупности составляют содержание данного положительного права. В последнем, в свою очередь, следует отличать, с одной стороны, те условные установления, которые, основываясь на нормативных фактах, получают способность устанавливать права и обязаности — иными словами, вторичные источники права, — с другой стороны, то, что устанавливается этими источниками в качестве обоснованных правопритязаний и правообязанностей. Высшим понятием для первых в науке о положительном праве считает понятие об'ективного права, — для вторых — понятие права суб'ективного. Эти два понятия составляют венец современной теории права, наивысшее и последнее ее обобщение. К из'яснению их и приурочивается теория положительного права.

Что касается до самого противопоставления об'ективного права суб'ективному, то многие юристы считают его просто плодом недоразумения. Исторический логос был столь не логичным, что со времени римских юристов стал называть одним и тем же понятием «право», два совершенно различных предмета: долженствование и дозволенность, принуждение и сферу свободного выбора, порядок и сво-

боду[1]). Таково смысловое отношение понятий об'ективного и суб'ективного права. Оба они столь различны по своей природе, что не поддаются подведению под какое либо высшее родовое понятие[2]). Для каждого из них существует свой высший и самостоятельный родовой момент. Иными словами, то, что люди исторически считали и считают правом, не может служить материалом для образования единого определения права. Исторический разум совершил некоторый логический промах, назвав одним и тем же понятием два подвида одной и той же формы, которой в действительности не существовало и не существует[3]). Далее, возбуждают против себя сомнения и самые понятия «об'ективный» — «суб'ективный». В основании такой терминологии лежит предположение, что юридические отношения могут быть отношениями только персональными[4]). Однако правомочия и правообязанности могут иметь не только лица, не только суб'екты, но и совершенно безличные субстраты — имущества, цели, интересы и т. п. Есть ли какое либо разумное основание приписывать всем этим безличным носителям прав качества лиц, а возникающие при этом разнообразные явления считать «суб'ективными»? Не правильнее ли избегнуть этой терминологии, которая во всяком случае не может способствовать выяснению подлинного существа подлежащих изучению явлений? Противопоставление «об'ектив-

---

[1]) Ср. G. Rümelin, Eine Definition des Rechts. Reden und Aufsätze, IV, 1881, S. 322. Цитировано у Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 49.

[2]) Rümelin, l. c.

[3]) Ср. Somlò, Juristische Grundlehre, 1917.

[4]) Ср. Коркунов, Лекции по общей теории права, 1908, стр. 119.

ное — суб'ективное» право исходит, далее, из допущения, что в юридической норме мы имеем нечто наиболее, с точки зрения юриста, первоначальное, несомненное, непосредственно очевидное[1]). Об'ективное право воплощает истинную природу правовых явлений, оттого оно «об'ективнее», чем право в суб'ективном смысле слова. Это же последнее есть ничто иное, как некоторая «суб'ективация» об'ективных начал, — стало быть, нечто не только производное, но и с научной стороны стоящее на низшей ступени. Однако и эти соображения не могут служить достаточным основанием для противопоставления об'ективного права суб'ективному. С точки зрения научной об'ективности так называемые «суб'ективные» явления в праве обладают не меньшим значением и не меньшим достоинством. Не будучи необходимо связанными с бытием психологического суб'екта, они не могут противостоять об'ективному праву, как некоторая низшая реальность. В суб'ективных явлениях содержится один момент, которым они отличаются от об'ективных — это момент большей конкретности. Права и обязанности, даже если они не совпадают с конкретными правоотношениями, даже если они мыслятся абстрактно, все же более конкретны и индивидуальны, чем нормы об'ективного права. Только этот момент конкретности ни в коем случае не совпадает с свойствами суб'екта. Правомочия и правообязанности всегда конкретны, но это еще не означает, что эта конкретность достигается только путем наделения свойствами личности. Может быть и безличная конкретность, например, кон-

---

[1]) Предпосылка, из которой исходит нормативизм Кельсена с его учением о „Rechtssatz", как о подлинном, об'ективном феномене, которому противостоят производные явления суб'ективного права.

кретность требований одной части имущества к другой. Наделение всякой конкретности свойствами лица может быть очень удобным и наглядным практическим приемом, который, однако, теоретически представляется мало обоснованным.

Вообще говоря, основные понятия положительного права, включая самые его высшие обобщения, родились в кругу жизненных потребностей человеческого общества и потому чисто прагматичны по своей природе. При образовании их и донаучное мышление, и юристы-практики, и юридическая теория руководствовались не теоретическими соображениями истины, но чисто практическими интересами жизни. Оттого основные понятия науки о положительном праве отнюдь не имеют в виду выразуметь существо права и правовой структуры, напротив, задачи их сводятся к выделению и оттенению того, что представляется наиболее полезным в жизни права. Оттого существенные моменты правовых явлений очень часто в понятиях положительного права остаются затушеванными, не выделяются на передний план, тогда, как получают особое освещение и особо выдвигаются различные случайные обстоятельства, важные в практической жизни, но безразличные с точки зрения теоретической. И так как, кроме того, в практической жизни играют важную роль различные чисто исторические и по существу своему изменчивые условия, то теория положительного права всегда стоит перед соблазном случайному, изменчивому и историческому придать значение существенного и общезначимого. В частности этому соблазну подвергаются все те, кто из основных понятий теории положительного права (норма, суб'ект, об'ект, правоотношение) хочет сделать какие-то всеобщие и не-

обходимые формы юридического мышления[1]), своеобразные правовые категории. На самом деле мы имеем здесь не категории, но очень полезные, полные практического значения обобщения, полученные на основании деятельности судьи, юриста, истца, ответчика, сторон и т. п., протекающей в пределах известных конкретных установлений положительного права[2]).

Одним из таких обобщений и является понятие об'ективного права. Создано оно, в сущности говоря, на основании возведения одной из форм положительного права — именно, закона, законодательного установления или законодательной нормы — на степень универсальной юридической категории. Закон является практически чрезвычайно важным моментом юридической жизни особенно там, где монополизировано правотворчество. При такой монополизации считается даже единственно правильным, чтобы закон или установленная в известном порядке норма являлись единственным источником права. Иного требования не может выставить режим правовой монополии, т. к. признание, наряду с законом, других, не установленных известным порядком источников, равносильно было бы отрицанию монополии. Поэтому при режиме монополии и само государство, и судья, и любой агент власти, и подданные должны в законодательной норме видеть главный источник права. Если фактические

---

[1]) Точка зрения Рудольфа Штаммлера. Ее очень последовательно проводил у нас в России, еще до выхода в свет последних сочинений Штаммлера, покойный В. А. Савальский.

[2]) Как на это справедливо указывает в своем посвященном критике Штаммлера сочинении J. Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915.

условия выдвигают какие либо другие источники, то режим монополии может их признать только постольку, поскольку они признаны и допущены законодательной нормой. Так условно признается, например, обычное право, поскольку оно не противоречит закону и разрешено законом. Если на основании этой практики монополии попытаться построить некоторое теоретическое обобщение, то ясно, что оно выльется приблизительно в следующую форму: установленная норма есть высшее, наиболее об'ективное юридическое понятие, т. е. само право вообще, об'ективное право. Трудность, возникающую при встрече с другими источниками права, можно обойти или путем зачисления их в нормы об'ективного права, или же отнесением к понятиям производным, из идеи нормы вытекающим. Таким образом обычай и прецедент, которые всего менее имеют характер установленной подобно закону нормы, зачисляются в область юридических норм об'ективного права; а различные нормоустановительные факты становятся производными моментами закона и причисляются к элементам суб'ективных прав. Практически все это есть очень удобный способ защиты режима правовой монополии — утилитарная идеологии такой монополии, — но теоретически, разумеется, понятие об'ективного права, имеет очень мало прав на то, чтобы быть высшей категорией правового мышления вообще.

В частности широкое и освобожденное от излишних практических устремлений наблюдение различных возможных форм положительного права, не может не привести к взгляду, что нормами об'ективного права отнюдь не исчерпываются вытекающие из нормативных фактов правовые источники. Об'ективное право, как совокупность юридических,

преимущественно законодательных норм, есть тот тип положительного права, который можно назвать малоподвижным (jus constitutum)[1]. Ему противостоит другой, гибкий тип вторичных правовых источников, — право непосредственно вытекающее из единичного случая, опирающееся на справедливость и создаваемое творчеством претора и судьи[2]). Те народы, которые не знают писанного и кодифицированного права, отчетливо признают необходимость права свободного и гибкого[3]). Наша же юридическая теория, выросшая под преимущественным впечатлением политического рационализма, государственной централизации и монополии, склонна совершенно игнорировать этот вид положительного права[4]).

В противоположность многим сторонникам новейшей школы свободного права, в сочинениях которых этот род юридической деятельности не только получил должное признание, но и пользуется преувеличенным поклонением, мы склонны утверждать, что гибкое право не есть право естественное[5]), но один из видов права положительного. Это видно из того, что гибкое право также

---

1) K. Schmödler, Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts, 1907.

2) Как об этом учит школа свободного права. Указания весьма обширной литературы по этому предмету можно найти у Somlò, Juristische Grundlehre и в Lehrbuch Штаммлера.

3) Ср., напр., описание английской юриспруденции у Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 218. Также Hatschek, Englisches Staatsrecht, I, 1905, S. 153 ff.

4) Ср. Ehrlich, Die juristische Logik, 1918. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912.

5) Как это утверждает Jung, l. c.

предполагает наличность нормативных фактов и также основывается на некоторых установлениях. Общая конституция суда есть первая предпосылка гибкого права. В этой последней мы имеем дело с той фактической, нормоустановительной предпосылкой, которая управомочивает судью и обязывает стороны. Даже самое свободное из свободных прав — то, которое можно наблюдать в третейском суде или суде чести, неустановленным никаким государством — предполагает наличность нормативного факта, находящего выражение в третейской записи или в устном соглашении сторон выбрать судей, предстоять перед ними и подчиниться приговору. Не опирающийся на подобные нормоустановительные факты суд возможен разве только в естественном состоянии, и, в сущности говоря, является не судом, а просто расправой. Гибкое право отличается тем, что оно не ссылается на jus constitutum, на факт об'ективного права, но предполагает наличность других нормоустановительных фактов. Если, угодно, его можно назвать правом интуитивным, отнюдь не противопоставляя, однако, праву позитивному, что делает в своей теории Л. И. Петражицкий. Ибо, нельзя сказать, что в составе гибкого или интуитивного права «отсутствуют» представления нормативных фактов[1]). Представления эти имеются и здесь, но они не раз'единены присутствием раз навсегда зафиксированного содержания законодательных постановлений. Противопоставление интуитивного права позитивному основывается, строго говоря, на некотором смешении понятий, именно на

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, II, стр. 479.

том, что нормативными фактами считаются не первичные об'ективные источники права, но установленные законы, факты положительного права. Если их называть нормативными фактами, то, конечно, интуитивное право с ними не считается. Но если иметь в виду нормативные факты в строгом и узком смысле этого слова, то гибкое право столь же предполагает их, как и право неподвижное, — закрепленное в нормы, об'ективное право.

В общем таким же прагматическим характером отличается и понятие суб'ективного права. Родилось оно в атмосфере борьбы личности за свои собственные интересы, в судебном процессе и в поединке сторон. Потому, в нем так односторонне выражен момент этого суб'ективного притязания, суб'ективного актива и отодвинут на задний план момент обязанности, момент пассива. В этом проявляется элементарная человеческая склонность помнить о своих правах и забывать по возможности об обязанностях. В понятии суб'ективного права выразилась та агрессивная сторона правовых явлений, которая так заметна была в римском праве и которую так искусно изображал в своих сочинениях Рудольф фон Иеринг. Но, рожденное в юридической практике, понятие это и отразило в себе всю ее жизненно иррациональную природу. Будучи средством практической борьбы, оно менее всего считалось с требованиями научной логики. Теоретическая природа его представляется не менее сложной и запутанной, чем природа об'ективного права.

Понятие суб'ективного права включает в себе по крайней мере два совершенно различные значения. Когда говорят: «я имею право», разумеют под этим, прежде всего, способность совершать юридические

сделки[1]). «Иметь право», эти значить обладать способностью производить некоторой правовой эффект, быть в силе устанавливать права и обязанности. В этом значении суб'ективное право совпадает с понятием нормативного факта или источника права, — именно источника, обосновывающего некоторую конкретную правовую ситуацию. Кто имеет право, например, заключить договор, тот имеет способность установить правоотношение, состоящее в свою очередь из прав и обязанностей. Ясно, что в последнем случае выражение «право» применяется в другом смысле, чем в первом. Право, установленное сделкой, не является уже правом заключать сделки. Оно не есть способность к юридическому эффекту, оно обладает каким-то другим содержанием. Это последнее сводится к некоторому активу, мыслимому или действительному, состоящему из получений, причитаний, уплат, распоряжений и пр. Таким образом мы подходим ко второму значению, заключающемуся в понятии суб'ективного права. Право есть положительное содержание, вытекающее из данной правовой ситуации, например: jus utendi et abutendi в праве собственности, право получить деньги за проданный товар, право на проценты и т. п. Все различие этих двух значений, заключающихся в понятии суб'ективного права, можно в особенности почувствовать, если отправляться от того, что им может быть противопоставлено. Суб'ективному праву во втором его значении логически противопоставляется обязанность, как пассив активу.

---

[1]) О различных значениях этого понятия с обозрением всей относящейся литературы см. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, 9-te Aufl. § 37. Ср. также P. Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, 1903, S. 103 со ссылками на предшественников.

Если право есть способность к положительным действиям, то обязанность является необходимостью терпения и страдания. И фактически такое отношение права к обязанности наблюдается весьма часто: праву распоряжения соответствует обязанность повиноваться, праву получения — обязанность платежа. Однако, ни в коем случае нельзя сказать, чтобы обязанность имела смысл противопоставления праву, взятому в первом смысле слова. Праву совершать юридические акты не только не противопоставляются обязанности, но даже могут существовать такие обязанности, которыя имеют нормоустановительный характер. В этом отношении следует отметить, что теория юридических сделок, излагаемая обычно в учебниках, создалась преимущественно из наблюдений гражданско-правовых отношений, где юридическим эффектом обладают права, а не обязанности. Оттого она и имеет весьма односторонний характер. Наблюдение так называемых публично правовых отношений убеждает, что могут существовать и публично правовые акты, вытекающие из обязанностей, а не из прав. Правильно построенная теория, исходящая не из практических соображений, но из требований логики, должна об'единить учение об актах частно правовых и публично правовых с тем, чтобы в свою очередь перенести теорию актов в общее учение об источниках права, куда оно логически только и может относиться [1]).

Различие этих двух значений суб'ективного права можно видеть еще и из того, что возможен такой

---

[1]) Ср. предшествующий параграф, стр. 199, примеч. 1. Учение о публично-правовых актах намечено у Kormann'a, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, и Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Hirth's Annalen, 1911, S. 39 ff.

правовой строй, в котором будет совершенно отсутствовать «право», в первом смысле этого слова; но во всяком правовом строе должны быть на лицо суб'ективные права в смысле активов. Сомнительно, например, чтобы социалистическое общество, даже в самых умеренных его формах, могло допускать широкое распространение частно-правовых юридических сделок. А в сколько-нибудь развитой форме социалистический строй, несомненно, изгонит из своего юридического обихода всякую возможность юридических сделок, вытекающих из воли отдельной личности. Допущение возможностей частно-правовых юридических сделок в пределах социалистического общества равносильно было бы допущению такого влияния частных лиц на хозяйственные отношения, которое совершенно противоречит началам обобществления хозяйственных отношений. Сделать частное лицо источником права может только свободно хозяйственный, не социалистический строй. Однако, право в смысле активов, — например, право получения содержания от государства, право пользования землей и даже в известных пределах право пользования личной свободой — не может не допустить и социалистическое общество. Изгнать эти права значило бы вообще изгнать начало права. Фактически это вполне возможно, но эйдетически, раз начало права принято, приняты тем самым и права в смысле активов, т. е. некоторые обусловленные правом конкретные ситуации и отношения.

В учении о суб'ективном праве, как оно излагается в учебниках, особо значительную роль играют разнообразные попытки определения суб'ективного права. Относительно этих определений следует прежде всего сказать, что они имеют в виду только один элемент суб'ективных явлений в праве, — пра-

во, а не обязанность. Таким образом суб'ективные явления в праве в целом своем не получают адекватного выражения посредством понятий, которые строятся по поводу них в общей юридической теории. И с точки зрения целого нельзя не признать, что обычные определения суб'ективного права являются однобокими. Или суб'ективные явления в праве представляют собою некоторое единство, — тогда должно быть создано общее определение, охватывающее собою и момент правомочия и момент правообязанности; или право и обязанности суть совершенно первоначальные модусы, которые нельзя свести к одному определению, — тогда вообще не следует говорить о суб'ективных явлениях в праве, как о чем то целом. В частности, что касается различных попыток определить момент правомочия, то все они не могут быть признаны сколько нибудь удачными. Суб'ективное право не есть ни сила, ни свобода, ни воля, ни интерес, но может быть при некоторых условиях и тем и другим и третьим и т. д. В этом отношении наиболее удачным является чисто формальное определение суб'ективного права, условно устанавливающее, что считает правомочием какое либо конкретное законодательство. Такое определение обладает чисто условным характером и имеет значение только в пределах установленных юридических источников. Оно имеет в виду известное установленное мнение — именно, то, что люди считают правом в известных исторических условиях. В этих границах за ним нельзя отрицать научного значения, практически более важного, чем все разнообразные попытки определить суб'ективное право по существу.

Из существующих многочисленных теорий, только очень немногие идут путем признания непосред-

ственных данностей в области так называемых суб’ективных явлений в праве и избегают следовательно построения «научных» определений. И в первую очередь здесь нужно назвать Бринца, который в своих «Пандектах», подходя к характеристике суб’ективного права, не идет далее того, чтобы выдвинуть и описать основные феноменологические моменты подлежащих данностей. То, что юридическая практика и теория называют суб’ективным правом, характеризуется понятиями «posse» и «debere»[1]). Раз эти моменты выявлены и подвергнуты анализу, отпадает нужда в каких либо дальнейших определениях. Виндшейд - Кипп, в последнем издании «Пандект», значительно приближается к такому же приему, хотя он совмещается у него с стремлением построить «научное» определение [2]). Особенно ясно совмещение этих двух различных путей замечается у Еллинека, который начинает с обычного построения определения, включая в него выводы и волевой теории и теории интереса, а кончает довольно неожиданным обращением к анализу заимствованных у Бринца понятий. В конце концов этот последний анализ, а не «научное» определение дает Еллинеку основание для различения суб’ективных частных и публичных прав [3]).

Очень часто ставится вопрос о том, что является наиболее первичным юридическим феноменом — об’ективное или суб’ективное право? Если решать вопрос этот с точки зрения основных элементов правовой структуры, то придется признать, что несмотря на всю сложность и запутанность понятия

---

1) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1873, Bd. I.
2) L. c.
3) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2-te Aufl.

суб'ективного права, все же в нем проглядывают черты некоторых первоначальных и невыводимых правовых данностей [1]). Во всяком случае, в явлениях суб'ективного права мы стоим к ним ближе, чем в явлениях права об'ективного. С точки зрения первоначальных правовых данностей правовая норма всегда представляется чем-то искусственным, установленным, изобретенным, тогда, как в явлениях суб'ективного права дело идет о первоначальных и непосредственных характеристиках правового феномена. Но если решать этот вопрос с точки зрения учения о положительном праве, то и суб'ективное и об'ективное право одинаково окажутся явлениями не первоначальными, а производными. Первоначальнее их нормативные или нормоустановительные факты, которые непосредственно устанавливают права и обязанности и на почве которых может быть установлена также система юридических норм.

6. Нормативно-безразличные факты в пределах положительного права

Лишенные смысла естественные факты окружают нашу жизнь и составляют ту среду, в которой она протекает. В естественный факт упираются истоки нашей жизни, — наше рождение, — и в голую естественную фактичность впадают ее концы, — в эмпирическую смерть. И временный промежуток, заключенный между этими пределами, весь окружен атмосферой фактичности, с которой он связан естественной необходимостью. Временное течение нашей земной жизни с ее различными физическими свойствами, — наследственность, возраст, раса,

[1]) См. выше, гл. V.

племя, связь с определенной частью земли и с окружающими географическими условиями, и т. д. — все это суть голые природные факты и фактические отношения, в среду которых мы поставлены независящим от нас стечением обстоятельств. Существует относительная возможность изменять эти обстоятельства, приспособляясь к ним и господствуя над ними; но выключить себя из них мы можем только одним способом: так или иначе перейдя пределы эмпирической земной жизни. Здесь и обнаруживается условность власти окружающих нас природных фактов: в сущности говоря, они властвуют над нами, пока мы живем, пока мы хотим жить и под условием, что мы хотим жить. Кто не хочет жить, для того в одно мгновение может прекратиться власть этой эмпирической фактичности — правда, мы точно не знаем, в каких пределах. Но кто хочет жить, тот не может не жить в среде естественных фактов. Возможно растянуть пределы временной земной жизни, возможно до известной степени овладеть природой своего организма, возможно подчинить себе в известных пределах внешнюю среду, возможно относительно освободиться от связи с определенной эмпирической частью пространства, возможно, — путем, ли науки, путем, ли аскезы,—более или менее освободиться от власти физических потребностей, — но невозможно в пределах эмпирической жизни выпрыгнуть из мира фактической необходимости и очутиться вне мира естественных фактов.

Обусловленность нашей жизни естественными фактами есть достоверная истина, — однако же чисто фактической природы. Истину эту нельзя признать эйдетической, ибо между идеей жизни и идеей естественного факта нет никакой чисто идеальной

связи. Отношение между жизнью и естественными фактами не есть отношение, подобное отношению логического следствия и основания, или отношение, подобное отношению числа 2 к числу 4. Поэтому то идея жизни часто мыслится, как нечто совершенно самостоятельное по отношению к естественному факту. Таковы представления большинства религий, верящих в загробную сверх-эмпирическую жизнь, таковы метафизические учения о высшей духовной жизни. Можно разделять или не разделять этих взглядов, но нельзя утверждать, что идея сверх-эмпирической жизни есть идея эйдетически нелепая или немыслимая. Возможно только доказывать, что она не соответствует эмпирическим фактам, а это и есть обнаружение фактического характера вышеупомянутой истины.

Жизненное положение, обусловленное естественными фактами, есть положение характеризуемое идеей естественной необходимости. С фактами считаются, их принимают, им подчиняются. Степень необходимости этой может быть весьма различной. Она может меняться в зависимости от самого характера естественных фактов, и потому неоднородно также и наше с ней отношение. Эмпирическая жизнь наша столь прочно включена в цепь наиболее общих естественных связей, настолько связана и обусловлена ими, что принятие их просто равносильно принятию самой эмпирической жизни. Оттого эти связи, обычно, и не возбуждают против себя какого либо протеста, не сопровождаются ощущением жизненной тягости, не висят над эмпирической жизнью, как бремя. Мы не ощущаем тягости физических законов и химических процессов. Тяготить, возбуждать могут только индивидуальные сочетания конкретных обстоятельств, неблагоприятных на-

шей жизни, отрицающих ее или подтачивающих ее корни. С подобными естественными фактами приходится не только считаться, им приходится подчиняться, к ним приходится приспособляться, или приходится бороться с ними. Жизненное отношение к таким фактам, к которым приспособляются и с которыми считаются, сводится к следующему умозаключению: если я не приспособлюсь к фактам, произойдут невыгодные для меня последствия; я не хочу этих последствий, следовательно, я должен сообразовать с фактами мое поведение. Всякое обоснованное поведение, считаясь с фактами, скрыто или открыто производит подобное умозаключение, которое не применимо, конечно, к такому положению дел, когда мы стоим перед каким либо неизбежным и гибельным для нас катаклизмом. Если, я, упав в бурный поток, тону, поведение мое вообще никак не осмысливается и не мотивируется.

Все эти и им подобные мотивировки вынужденного и приспособляющегося поведения не вытекают из какой либо внутренней логики и не обнаруживают внутреннего логоса. «La logique du coeur» Паскаля не есть сфера таких мотивировок. Фактическое приспособление есть конец внутренней логики. И этим об'ясняется глубочайшее различие поведения, обусловленного нормативными фактами и развертывающего свою особую внутреннюю необходимость, и поведением, обусловленным так или иначе мотивированным понуждением[1]).

---

[1]) Непонимание этого основного различия является основным недостатком психологической теории права Л. И. Петражийцкого. Физическое «понукание» и «осмысленная мотивировка» суть понятия, между которыми очень мало общего и которые требуют самого тщательного различения.

Положительное право родится, пребывает и живет в окружении этих разнообразных физических, часто совершенно бессмысленных фактов и событий, и нельзя думать, чтобы возможна была какая-нибудь конкретная система положительного права, которая бы не считалась с ними и не отражала их. Иными словами, наряду с влиянием нормоустановительных фактов, положительное право не может не испытывать влияния фактов нормативно безразличных. Нужно с совершенной отчетливостью уяснить то совершенно различное влияние, которое имеют первый и второй род фактов на положительное право. Нормативные факты устанавливают права и обязанности и создают таким образом некоторый идеально-нормативный порядок отношений в пределах даной системы положительного права. Область нормативных фактов и их последствий есть область правового логоса. Но мы приходим к границам этого логоса тогда, когда сталкиваемся с нормативно-безразличными фактами. Нормативно - безразличные факты не имеют логики, они идейно не связывают и не обязывают, но с ними просто считаются. С ними нельзя не считаться, т. к. они властно дают о себе знать. Следует точно уяснить, что означает это «нельзя»: оно есть выражение не идеальной, но чисто природной механической и автоматической необходимости. Считаться с нормативно-безразличным фактом — это значит чувствовать себя природно вынужденным, а не идейно обязанным.

В современной юридической теории этот нормативно-безразличный фактический момент связывается, обыкновенно, с учением о суб'ективном праве. Он выступает, прежде всего, в понятии правоотношения, которое определяется, как оформленное правом жизненное фактическое отношение между людь-

ми. Он появляется, далее, в учении о юридических фактах, как о таких фактах, которые обусловливают собою применение юридических норм и служат основой для возникновения, изменения и прекращения правоотношений. Можно согласиться с указанием, что между понятием правоотношения и юридического факта в современной теории нет сколько нибудь существенного и принципиального различия и что, следовательно, мы имеем здесь дело с недостаточной точностью общих юридических понятий [1]). Однако, еще большим недостатком следует считать то обстоятельство, что юридическая теория к числу юридических фактов относит и юридические акты, смешивая, таким образом, воедино факты нормоустановительные и факты нормативно-безразличные. Если заглянуть в соответствующие отделы современных юридических руководств, то мы действительно увидим, что различие это совершенно не ощущается юридической теорией, которая излагает в перемежку то учение о нормоустановительных, то учение о нормативно-безразличных фактах.

С тем же недостатками выступает и новое, заимствованное из уголовного права понятие, которым некоторые юристы хотят охарактеризовать нормативно безразличный момент права, — именно понятие фактического состава (Tatbestand)[2]). Понятие это также построено на неразличении нормативных и нормативно-безразличных фактов, однако, в нем, по крайней мере некоторыми юристами, хотя бы от-

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, II, стр. 325.

[2]) В общее учение о праве в качестве основного понятия оно вводится в Пандектах Регельсбергера. Также Fr. Affolter, Tatbestand, Rechtsverhältnisse und Rechtsordnung, 1897.

части, выражается тот особый нормативно-безразличный характер, с которым фактические элементы выступают в праве. Фактический состав есть совокупность всех тех чувственно воспринимаемых событий, которые при признании со стороны правопорядка опосредствуют правоотношения [1]). Слово «опосредствование» применяется для обозначения того, что фактический состав не стоит в причинной связи к правоотношению, и в то же время совершенно ясно, что «фактический состав» не может сам по себе устанавливать права и обязанности: они устанавливаются правопорядком. «Об этом фактическом составе говорят» — как справедливо замечает Виндшейд — «что он производит, уничтожает, изменяет права, но подлинно действующим здесь является связанное с фактическим составом изречение правопорядка» [2]). Иными словами, нормативной силой обладает закон, а не нормативно-безразличный факт. Этот последний может только приниматься во внимание законом, как фактор, с которым условно связывается установление прав и обязанностей.

Но могут ли нормативно - безразличные факты входить в состав об'ективного права? Действительные примеры такого вхождения чрезвычайно многочисленны и разнообразны [3]). Положительное право вбирает в себя прежде всего важнейшие фактические события человеческой жизни, — рождение, возраст, болезнь, смерть, жизненные потребности и т. д.; оно ориентируется, далее, на различных при-

---

[1]) Fr. Affolter, Das intertemporale Recht, I—II, S. 79—80.

[2]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, I, § 63, S. 296. Также Fr. Affolter, l. c., S. 80—81.

[3]) Освещение относящихся сюда фактов является заслугой вышецитированной книги W. Jellinek'a.

родных условиях нашей жизни, — географической среде, почве, климате, конкретном времени, временах года, сменах дня и ночи; оно не может не считаться с социальными отношениями властвования, общественного расслоения, с условиями хозяйственной жизни; оно принимает во внимание различные исторические события и бесконечное количество других природных и культурных явлений. Но разве все эти факты сами по себе имеют нормативную силу? Если закон считает факт рождения условием правоспособности, то нормоустановительное значение имеет, конечно, не самый физический процесс появления на свет нового человеческого существа, но следующие условия, изложенные в порядке их логической последовательности: 1) идея ценности лица вообще, 2) факт ее реализации, 3) соответствующие нормативные факты, в которых закрепляется эта ценность (учредительный акт, соглашение, этос, государство); 4) соответствующие законодательные нормы, изданные на основании нормативных фактов при режиме господства неподвижного права и могущие отутствовать при режиме права свободного. Равным образом, если закон об'являет, что Кисловодск есть курорт, а потому в нем действуют особые санитарные постановления, то, разумеется, нормоустановительной силой обладают здесь не природные свойства Кисловодска, но, с одной стороны, различные ценностные предпосылки конкретного правопорядка, с другой стороны, соответствующие нормативные факты. Закон, устанавливающий неприсутственный день в память смерти национального героя или святого, в качестве нормоустановительной предпосылки имеет не простое историческое происшествие, но идею связанных с ним ценностей, признанных в определенных нормативных фактах. Вообще

можно сказать, что «эмпирическая действительность», принимая ее в смысле совокупности нормативно безразличных фактов, по существу своему не может иметь нормоустановительного значения. Оттого неправильно называть ее «первичным источником права», если только придерживаться раз установленного смысла применяемых понятий [1]).

Иными словами, режим неподвижного права может закрепить в законодательных нормах указания на некоторые определенные факты, опосредствующие конкретные правоотношения. Факты эти в отдельности или в целом составляют тот материал, на основании которого непосредственно совершается правотворчество при режиме свободного права. Так называемое «индуктивное правотворчество» или «экспериментальная юриспруденция», которая стремится итти не путем вывода из общих положений, но путем наблюдения конкретных отдельных явлений, прямо обращается к фактическому составу конкретных юридических ситуаций и в них усматривает элементы права. Напрасно только думать, что такая «индукция» возможна без предположения некоторых общих принципов. Даже в совершенно безправном, естественном состоянии она возможна при предположении структуры права, а в состоянии организованного общения она неизбежно предполагает и соответствующие нормативные факты.

7. Правонарушение в праве и факт принуждения.

К числу фактических событий, играющих значительную роль в жизни права, принадлежат так на-

---

[1]) Как это делает W. Jellinek, l. c., s.

зываемые правонарушения[1]). В юридической теории недостаточно выяснен вопрос о том, является ли правонарушение нормоустановительным фактом или же фактом нормативно-безразличным. И в соответствии с этим являются-ли связи, вытекающие из правонарушения, связями эйдетического характера, обнаруживающими в себе некоторую идеальную необходимость, или же простым выявлением физического и механического сцепления временных фактов. Иными словами, обладает-ли факт правонарушения об'ективно связывающей силой, или же связи, из правонарушения вытекающие, суб'ективны и случайны по своему существу.

Небезынтересно отметить то своеобразное отношение, которое связывает этот вопрос с понятиями вины и ответственности, с одной стороны, и с проблемой правовой санкции (в частности с проблемой принуждения), с другой. Допустим, — как это склонно делать современное правосознание, — что факт правонарушения есть такой же естественный факт, как, скажем, течение времени, смена дня и ночи, рождение и смерть и т. п. Эти и им подобные факты, как мы уже видели, не могут об'ективно связывать поведение, но с ними приходится только считаться. Но в таком случае, как кажется, и из правонарушения не могут возникать какие либо об'ективные связи, какие либо непосредственные правовые обязанности[2]). Возможно только предвидение по-

---

[1]) Современная теория рассматривает их обыкновенно в учении об юридических фактах.

[2]) Довольно последовательную защиту этой точки зрения в современной философско-правовой литературе можно найти у G. Radbruch'a, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, который высказывает следующий удивительный взгляд: „Nur in der Ethik findet also der Begriffs-

следствий правонарушений и установление способов дальнейшего к ним отношения. Подобно тому, как правопорядок предвидит последствия давности, рождения или смерти, так он может считаться и с последствиями правонарушения. Каждый правопорядок естественно стремится к тому, чтобы установленные им связи, по возможности, не нарушались, и каждый нормальный правопорядок естественно устанавливает ряд мероприятий на случай такого нарушения. Однако все это суть вопросы предусмотрительности, а не логики. С этой точки зрения ненужными и бессмысленными кажутся такие понятия, как вина, ответственность, преступление, воздаяние. Как нелепо говорить, что «природа повинна в своих изменениях», так не менее нелепо думать, что человек ответственен за свои действия и заслуживает воздаяния. Если общество и борется с правонарушениями, то борьба эта имеет такой же смысл, как борьба с наводнениями, болезнями, несчастными случаями и т. п.

Повидимому, иначе дело обстояло бы при допущении, что правонарушение не есть нормативно-безразличный факт, но фактическое событие, обладающее особым нормативным значением. В таком случае наступление этого события не могло бы не вызывать особых последствий нормативного характера, не могло бы не устанавливать особых связей. С этой точки зрения понятно, почему за правонарушением следует обязанность ответственности и право на производство санкции. Вина и принуждение суть следствия правонарушения, вытекающие из последнего с логической необходимостью. Так смотрел на

---

komplex Freiheit, Norm, Geltung, Pflicht seine Stelle, nicht aber in der Rechtsphilosophie“ (S. 73).

преступление Гегель — один из наиболее последовательных сторонников теории принуждения в праве [1]). Для Гегеля преступление, как отрицание права, является логическим моментом правовой идеи. Именно, оно есть выражение **отрицательного** момента этой идеи, — момента ничтожества, выявляющегося на всякой отрицательной ступени логического развития. Ничтожество это должно внутренно обнаружиться посредством нового отрицания — таким образом отрицанием преступления является наказание. Связанное с последним принуждение есть ничто иное, как логическое следствие, необходимо вытекающее из идеи права. И поэтому всякое право в строгом смысле этого слова предполагает принуждение, как свой необходимый момент.

Если мы попытаемся выразуметь непосредственное смысловое содержание понятия «правонарушение», мы не можем не отметить прежде всего одно первоначальное отличие, отделяющее его от идеи нормативного факта в вышеупомянутом понимании. Нормативный или нормоустановительный факт необходимо предполагает известную направленность на установление правовых отношений, имеет в виду создание правовых связей, тогда как понятие правонарушения не только не содержит этих предположений, но предполагает даже нечто противное. Правонарушение направлено не на создание права, но на его отрицание: оно есть поэтому не нормоустановительный, но скорее «норморазрушительный» факт. Отсюда следует, что, если из правонарушения и могут вытекать какие либо права, они вытекают из него только «посредственно», как рефлекс какого

---

[1]) **Hegel**, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. G. Lasson, 1911, S. 82 ff.

то иного источника. Непосредственной силой правоустановления не может обладать то, что по смыслу своему направлено на разрушение права.

Что же является при этом непосредственным нормоустановительным деятелем? Откуда вытекают и чем обусловливаются в случае правонарушения обязанность ответственности и право на восстановление нарушенных прав? Нормативным значением в случаях правонарушений обладают не эти последние, но те нормативные факты и вытекающие из них вторичные правовые источники, на которых покоится положительный правопорядок. Из этих нормативных фактов вытекает требование, имеющее характер чистой достоверности, а именно: «всякое действующее право должно действовать». Иными словами, никакое нарушение его не может быть безразличным и не должно быть терпимым. Но какими мероприятиями должно быть восстановлено нарушенное право и каковы способы борьбы с правонарушениями — это уже суть вопросы предусмотрительности, а не логики. Решение их должно быть основано не на логических, а на чисто опытных основаниях. Оттого является ошибочным в принуждении усматривать логический момент права. Принуждение есть вопрос тактики и политики, а не правовой логики. Из того, что всякое действующее право должно действовать, отнюдь нельзя еще заключить, что в случаях правонарушения логически необходимо применять принуждение. Поистине, тактически не слишком предусмотрительным окажется правопорядок, который принуждение будет считать единственно возможным средством охраны права. Принуждение не есть логически неизбежное средство такой охраны, но только один из ее возмож-

ных способов. Борьба с правонарушениями и их предупреждение должны прежде всего итти путем мудрой и мирной правовой политики, — путем выработки нормального правосознания, путем воспитания здорового правового чувства и путем создания благоприятных социально-экономических условий совместной жизни людей. Нормально, принуждение может быть применяемо только тогда, когда все эти средства исчерпаны, — так сказать, на крайний случай, как последнее неизбежное средство.

Если мысленно представить нормальное и вполне здоровое правовое общение, то в пределах обосновывающих его нормативных фактов оно не нуждается ни в каком принуждении и эйдетически его не предполагает. Справедливо говорят, что принуждение есть болезненное состояние права, проявление тех лишенных внутреннего смысла фактических отступлений, которые вопреки логике фактически возможны в каждом правовом общении. Если я обещал соблюдать договоры или повиноваться законам — и не выполнил этого обещения — есть-ли это проявление логики или чистой фактичности? По нашему мнению, на этот вопрос не может быть двух ответов: несоблюдение обещания совершается не по логике, а вопреки ей, и есть следовательно событие, не имеющее нормоустановительного характера. Я могу предвидеть фактическую возможность этого события, могу считаться с его вероятностью и могу так или иначе принять его во внимание. Но это есть типичное обнаружение отношения к фактам нормативно-безразличным.

Таким фактом и является каждое в пределах положительного права происшедшее правонарушение. Из него непосредственно не вытекает никаких обя-

занностей и прав, но предвидения возможности таких событий и их фактическое наступление вызывает ту или иную фактическую реакцию со стороны правопорядка. Подобно тому, как правопорядок считается со смертью, так он должен считаться с последствиями неправомерных состояний и действий. Характер подобной реакции зависит от характера соответствующих фактов. Одни факты могут требовать одной реакции, другие — другой.

Из изложенного следует, что высказанную здесь точку зрения нельзя смешивать с тем миросозерцанием, которое отрицает чисто об'ективное значение идей ответственности, вины, преступления и воздаяния. Понятия эти для нас имеют глубокий смысл и вытекают из идеи положительной ценности: поскольку существуют эти последние, постольку существует обязанность и призвание их осуществлять, а также ответственность за то, что должно быть, но не было выполнено. Однако, в согласии с новейшими воззрениями мы не считаем возможным исключительно на этих понятиях строить теорию борьбы с правонарушениями, — теорию правового принуждения и наказания[1]. Правда новейших воззрений заключается в том, что они указали на чисто фактический и нормативно-безразличный характер правонарушений и на нем пытались строить систему защиты права и охрану правопорядка.

---

[1]) Обсуждение соответствующих теорий преступления и наказания выходит из рамок общих проблем философии права. Указание новейшей литературы в области уголовного права можно найти в статье А. В. Маклецова, Уголовное право после войны. «Труды русских ученых», выпуск I.

8. Противопоставление факта и права в положительном праве

Если положительное право основывается на нормативных фактах и само имеет временно-фактический характер, то ясно, что известное в правоведении и юридической практике противопоставление права факту не может обладать каким либо принципиальным значением. Оно не имеет смысла противопоставления двух совершенно противоположных по своему существу стихий, как это склонны думать нормативисты. На самом деле, противопоставление права факту в пределах учения о положительном праве, в наиболее широком своем смысле, имеет в виду оттенить отличия всего «установленного» и «принятого» от «неустановленного» и «непринятого». Таким образом, известные виды фактов с их внутренним содержанием противопоставляются всем другим фактам вообще. Если установлено, например, соглашение, имеющее учредительный характер, то эйдетическое содержание этого соглашения во всем его целом и будет составлять об'ем обусловленного им и вытекающего из него права; все же, не входящее в это содержание, из него не вытекающее и им не обусловленное, должно считаться фактическим состоянием или фактом. Фактами будут любые события и отношения, не предусмотренные данным соглашением. Фактами будут какие либо новые соглашения между свершившими учредительный акт лицами, если только они не вытекают из первого, в нем не содержатся или ему противоречат. Фактами будут события, противоречащие этому соглашению. При некоторых условиях эти события могут быть более справедливыми, могут более соответствовать идее права, однако, выходя за

пределы установленного, они не могут считаться правом. Для характеристики этих особых отношений можно воспользоваться одним весьма многосмысленным понятием — именно, понятием «формальный». Можно сказать, что в известном смысле противопоставление права факту в пределах положительного права имеет чисто «формальный» характер. Правом считается все, формально соответствующее установлениям, фактом же все, им не соответствующее. Таким образом по существу, а не формально, противопостановление это отнюдь не проводимо. Ошибочно думать, что заключенное соглашение теряет фактический характер от того, что оно заключено, — и дает основание для существенного, материального противопоставления всему фактическому. Заключенное соглашение есть факт, и только формально, условно оно может противопоставляться другим фактам.

Но кроме этого общего значения противопоставление права факту в пределах положительного права может иметь и другой более частный, однако же столь же мало принципиальный смысл. Оно применяется в области судебного процесса — особенно там, где мы имеем дело с режимом твердо установленного, неподвижного права. Установление состава фактов (quaestio facti) и установление смысла подлежащих юридических норм (quaestio juris) — таковы два основных и необходимых элемента всякой процессуальной деятельности. Само собою разумеется, что противопоставление это имеет скорее технический, чем принципиальный и философский характер. Оно не только не отрывает область явлений положительного права от фактов, но скорее убеждает, что фактические события являются необходимым самостоятельным элементом положитель-

ного права. Иммануил Кант, как известно, использовал это старое противопоставление для уяснения методологических особенностей своей критической философии, но у самого Канта примеры, заимствованные из области судебного процесса, имеют характер простой аналогии[1]). Всего менее в задачу Канта входило превращение этого противопоставления в какую либо непримиримую философскую противоположность. Образ судебного процесса, в котором разум тягается сам с собою, положен в основание «Критики чистого разума», и к этому образу Кант возвращается не раз в других своих сочинениях. Критика разума есть то судебное установление, в котором происходит суд разума. Сторонами являются догматизм и скептицизм. Догматизм притязает на безусловное познание, скептицизм отрицает это притязание и требует, чтобы догматики «дедуцировали» положенные в основание их взглядов принципы. Вопрос о действительном обладании чистым познанием, который утвердительно решает догматизм, есть вопрос о факте (quaestio facti, Frage nach dem Dass). Вопрос же о возможности чистого познания, вопрос о «дедукции» или о «титуле» на обладание им, есть вопрос о праве (quaestio juris, Frage nach dem Wie). Из этого следует, что для самого Канта обращение к фактам является одним из существенных вопросов критической проблемы. Не выход за пределы действительных фактов, но их констатирование, соединенное с последующим оправданием — таков метод критической философии. С своей философской точки зрения на «quaestio facti»

---

[1]) Соответствующие места из сочинений Канта собраны у Vaihinger, Kommentar zur Kritik d. reinen Vernunft, Bd. I, II.

Кант смотрел так же, как на вопрос этот смотрит теория судебного процесса: это есть технически особая проблема, не только не запредельная устремлениям юристов, но составляющая необходимый элемент самой юридической деятельности. Такой взгляд не может служить оправданием для того гонения на «факты», которое открылось в некоторых современных философско-правовых и юридических теориях. Начало этому было положено толкователями Канта, особенно же школой философского нормативизма, в атмосфере которой родились изложенные нам выше взгляды Ганса Кельсена. Следует иметь в виду, что повод для разрыва между правом и фактом, наблюдаемого в новейших юридических теориях, лежал не только в учениях философского идеализма. Много влияний оказало при этом то особое направление юридической догматики, развитие которого наблюдается в последней четверти XIX века в странах европейского континента. Мнение, что единственной задачей юриста является изучение логической сущности юридических норм и логической структуры юридических институтов, — мнение, родившееся в режиме неподвижного, писанного права, — не могло не отталкивать науку о праве от познания эмпирических фактов и конкретных отношений. Исторические, социологические и политические факты, с которыми постоянно сталкивается юрист, выводились из области его познавательного интереса и к изучению их призывались представители других областей знания. Подобные настроения были значительно распространены между самими юристами, но не получили полного опознания до тех пор, пока не встретились с соответствующими философскими стремлениями. И в тот момент, когда произошло их слияние, впервые возникла

проблема противопоставления права факту во всей ее современной остроте.

Георг Еллинек был как раз тем ученым, который соединял в своих воззрениях философские влияния нормативизма с влиянием новейшей школы позитивной догматики. Новокантианцы побудили его об'явить науку о праве наукой не фактической, а нормативной, изучающей не бытие, не генезис, не причинную связь явлений, но долженствование[1]); влияние юридической догматики заставило нормативный метод истолковать, как метод логического отвлечения и дедукции основывающейся на изучении логического содержания норм положительного права[2]). Таким образом единственной проблемой юриста стал вопрос о праве (quaestio juris). Вопрос о факте — quaestio facti — этот вопрос был об'явлен метаюридическим[3]). Но Еллинек в то же время был менее всего односторонним представителем юридической догматики. Он был юристом-философом, юристом-социологом и юристом-историком, познавательные интересы которого постоянно вращались в области временных реальных фактов. Оттого вопрос о «нормативности фактического» ни на один миг не исчезал из поля его умственного зрения. Об'явив юриспруденцию наукой нормативной в смысле новейших толкователей Канта, Еллинек тотчас же должен был признать, что для юриста некоторые факты не могут не иметь нормативного значения,— правда не по внутренне присущей им силе нормативности, но просто по психологической склонности людей обращать повседневное и привычное в долж-

---

[1]) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2-te Aufl., 1905, S. 19 ff.
[2]) Ibid., S. 49.
[3]) Ibid.

ное[1]). Так возникла проблема об отношении права к факту в ее современной постановке — проблема, получившая столь неверное освещение у крайних представителей новейшей нормативной теории права.

Решение этой проблемы на основании изложенных нами воззрений может быть сведено к следующим основным положениям:

1) Нормативные факты необходимо обладают нормативным значением. Возникший на основании какого либо фактического события новый государственный строй (на основании войны, революции и т. п.) может обладать юридически нормативным значением не потому, что он имеет голую фактическую основу, но потому что в основе его лежит некоторый нормативный факт (договор, учредительный акт, утверждение ценности государства и т. п.) и потому что он отображает в себе общую структуру права.

2) Факты, не имеющие нормативного характера, сами по себе ни при каких условиях не могут обладать нормативным значением. Любой новый порядок, если он не основан на нормативных фактах и не обладает правовой структурой, никакими силами не может приобрести свойства юридической нормативности, — ни силой постоянного принуждения, ни силой долговременной практики, ни силой привычки.

3) В составе каждого положительного правового порядка содержится неограниченное количество не обладающих нормативным характером фактов. Факты эти в той или иной форме принимаются во внимание правопорядком, но не могут обладать самостоятельным нормативным значением. Основанием

---

[1]) Ibid., S. *329* ff.

их кажущейся нормативности являются соответствующие нормативные факты и вытекающие из них нормы права. В пределах этих чисто фактических отношений могут возникать многочисленные автоматические навыки и привычки, составляющие постоянную составную часть каждой живой правовой системы. Факты эти могут изменяться и соответственно с этим могут изменяться обусловленные ими привычки и навыки. Однако, все они не имеют самостоятельно нормативного значения и юридически нормативны только постольку, поскольку предполагают в своей основе наличность некоторых нормоустановительных фактов или вытекающих из них норм права.

9. Реальность положительного права

Вопрос о реальности положительного права есть прежде всего вопрос о длительности тех связей, которые устанавливаются соответствующими нормативными фактами или вытекают из обусловленных нормативным фактам норм, предписаний, правоположений и т. п.

Сами по себе нормативные факты суть реальные, т. е. во времени и пространстве присходящие события, обладающие некоторым определенным смысловым содержанием — именно, установливающие правомочия и правообязанности. Если рассматривать внутреннее содержание этих нормативных фактов с точки зрения его чисто логического значения, то, разумеется, оно невыразимо в каких либо реальных определениях. Но если рассматривать это содержание с точки зрения того специального предмета, который имеют в виду юридические нормативные факты, т. е. с точки зрения установленных в них

правовых связей, то эти последние вполне выразимы в реальных определениях и имеют всегда в виду некоторые реальные, т. е. временно-пространственные события. С точки зрения названного специального содержания юридические нормативные факты можно разбить на разные группы в зависимости от отношения их к временно-пространственной реальности. Так, прежде всего, нормативные факты могут устанавливать связи вечные, т. е. длящиеся неограниченное количество времени. Сюда принадлежат, например, те абсолютные связи, которые образуют собою правовой остов государства, или связи, устанавливаемые договорами, заключенными на «вечные времена». Такие связи по смыслу своему могут прекратиться только вследствие наступления фактической невозможности их продолжать, например, вследствие гибели государств, вымирания всех людей и т. п. обстоятельств. Но нормативные факты могут устанавливать правовые связи и относительной длительности, — на определенный срок или под известным условием, со ссылкой на определенные обстоятельства, прекращение которых разрывает правовую связанность (например, clausula rebus sic stantibus). Кроме этих чисто временных условий устанавливаемые нормативными фактами правовые связи могут быть введены и в некоторые пространственные границы. Таково юридическое значение территории государства, как пространственной границы власти над подданными. Отличие государственного порядка в современном его смысле от порядка церковного строится на признании необходимости таких пространственных границ, властью которых гораздо меньше связана церковь по сравнению с государством. Но в то же время в пределах права, созданного и обеспеченного определенной государ-

ственной системой, могут быть связи, стремящиеся перешагнуть территориальные границы и освободиться от власти пространства. Различные юридические отношения, наблюдаемые в так называемом конфликтном праве, могут дать богатый материал для изучения этих фактов, исследование которых выходит за пределы общих задач философии права.

Исходя из того предположения, что реальность по существу своему множественна, можно поставить вопрос о том, к какому роду реальности принадлежат эти правовые связи? Самый несовершенный ответ на этот вопрос дается метафизическим дуализмом, для которого существует только два вида реальностей — физическая и психическая. Право, как утверждает эта теория, не принадлежит к области физических реальностей, т. к. оно ни материально, ни тяжело, ни длинно, ни широко и т. д.; следовательно, оно должно относиться к миру психического бытия. Таковы философские предпосылки так называемой психологической теории права, чрезвычайно элементарные по своему существу, но в то же время весьма соблазнительные для «здравого смысла». Противоположная теория реальности положительного права отправлялась от метафизического или методологического плюрализма — от точки зрения множественности различных родов реального бытия или множественности подходов к изучению реальных явлений. Для нее «физическое» и «психическое» суть только две возможных формы реальностей, не исчерпывающие реальный мир в его целом. Существуют, другими словами, реальные, но не физические и не психические предметы. К такого рода особой реальности принадлежит, например, самостоятельная реальность общественных явлений, самостоятельная реальность явлений коллек-

тивной психики, или особая реальность культурных явлений[1]).

Правильное решение этого важного вопроса должно исходить не от предварительного разрешения метафизической проблемы реальности, но от непосредственного наблюдения существа и особенностей правовой структуры. Было уже сказано, что правовая связь по эйдетическому смыслу своему является связью двусторонней. В правовых связях мы встречаемся с некоторым разрывом «права» и «обязанности», которые мыслятся, как некоторые самостоятельные моменты[2]). Я не думаю, чтобы правовая структура при таких ее особенностях могла бы найти возможность своей реализации в явлениях индивидуальной душевной жизни. Воплотить указанную разорванность в индивидуальной душе—это значило бы заставить эмпирическую личность вести с собой диалог, в течение которого она по очереди будет играть роль управомоченной и обя-

---

[1]) Вопрос о реальности права с точки зрения методологического плюрализма особенно основательно разработан в трудах покойного Б. А. Кистяковского. В особенности см. его «Социальные науки и право», Москва, 1916. Ср. также соображения, высказанные в моих симферопольских лекциях, особ. стр. 42 и след. и стр. 61 и след. В пользу утверждения коллективно-психической реальности права в новейшее время высказывался Н. С. Тимашев, Труды русских ученых за границей, т. II. О метафизическом плюрализме см. П. Б. Струве, тот-же выпуск «Трудов русских ученых». Еще ранее П. Б. Струве в русской литературе на американский плюрализм обратил внимание Б. В. Яковенко в обзоре американской философии, помещенном в русском издании «Логоса». Б. В. Яковенко и сам в своих философских воззрениях стал на точку зрения метафизического плюрализма, — точку зрения, которая в свое время возбуждала много споров в московских философских кругах.

[2]) Ср. выше, особенно гл. V.

занной. Ведется-ли такой диалог сознательно или бессознательно, как бы во сне, говорит ли при этом личность сама с собой или с измышленными ею фантастическими существами, — одинаково из него не получится никаких действительных правоотношений. Мне думается, что недостаточное уяснение этой простой мысли составляет самую существенную и самую удивительную ошибку психологической теории права. Уже самая идея договоров и других юридических связей с фиктивными существами и духами, на которую ссылается Л. И. Петражицкий, мнит некоторую множественность существ, разумеет общение. Если подобные правовые связи истинно должны реализоваться, если они из простого индивидуального мнения должны стать правовой действительностью, для этого необходимо, чтобы фикция или мнимое духовное существо стали бы реальными личностями или чтобы по крайней мере реальные личности признали для себя значение подобных превовых отношений. До тех пор, пока эти условия отсутствуют, отсутствует и эта правовая реальность. В этом смысле можно сказать, что реальные правоотношения столь же отличаются от отношений мыслимых, как отличаются реальные талеры от талеров мнимых. Мыслимое право не есть право реальное, а реальное право мы наблюдаем только тогда, когда идеальная структура права получает некоторое социальное воплощение.

10. Структура права и положительное право

В каком отношении находится положительное право к правовой структуре, как она было изображена нами в предшествующем изложении?

Вопрос об отношении «постоянного», вечного», «всеобщего» момента в праве к изменчивому и историческому является одним из самых трудных и неразработанных вопросов правовой философии. Теория естественного права наметила основные пути для его решения, однако же внесла в постановку его некоторые допущения, чрезвычайно осложнившие и запутавшие существо самой проблемы. И, именно, основной предпосылкой естественно-правовых теорий являлось утверждение, что «постоянный», «вечный», «всеобщий» момент в праве в свою очередь является правом, — особой правовой нормой, противостоящей нормам права положительного. Старое, классическое воззрение на естественное право склонно было считать момент «общности» основным признаком естественно-правовых норм: естественное право, по определению еще римских юристов, есть совокупность наиболее общих правовых норм, наблюдаемых и у животных и у людей, международное право связывает собою только людей и потому менее обще, положительное право, наконец, связывая граждан одного государства, обладает еще меньшей общностъю.

Таким образом положительное право родится как бы в процессе постепенной конкретизации права естественного. Схоластика содержит многочисленные указания на то, каким путем достигается такая конкретизация. Эта прежде всего есть путь логической дедукции, выведения частного из общего (sicut conclusiones ex principiis). Но схоластика отлично видела, что такой путь недостаточен и, следуя ему, ни в коем случае нельзя вывести всего разнообразия положительного права. Другой путь, предлагаемый схоластикой, определяется, как путь практического воплощения всеобщего в конкретном.

Как архитектор воплощает общую форму дома в данном индивидуальном доме, так и правотворчество общую норму естественного права перевоплощает в конкретные установления права положительного. Такой процесс предполагает наличность посторонней материи, которая должна присоединяться к идеальным принципам и нормам для того, чтобы образовать живые, исторические установления положительного права. Отсюда проистекает учение схоластики о присоединении (superadditio)[1], «конкуренции» некоторых лишенных разума начал, которые и являются сопутствующими основаниями возникновения положительно-правовых норм [2]). Положительное право есть таким образом как бы равнодействующая рациональных норм естественного права и разнообразных посторонних, иррациональных, чисто фактических условий.

Фактическая слабость теории естественного права всегда ощущается в самом основном для нее вопросе: каковы же эти нормы естественного права? Как только их начинали перечислять, получалось в значительной степени пустое место. Оказывалось, что дело идет о некоторых основных нравственных предписаниях, иногда общих до пустоты, как, например, «следует делать добро и избегать зла», «не должно никому делать зла», «всякое преступление должно быть наказано», «не следует желать ближнему того, чего самому себе не желаешь», «нужно стремиться к миру», «соблюдать договоры» и т. п. Из этих положений не только нельзя логическим путем вывести систему положительного права, но и при «конкуренции» их с различными фактическими

---

[1]) Thomae Aquinatis, Sententiae, II, 1, q. 94, a. 5 c.
[2]) Ibid., III d. 37, q. 1, a. 3 ad 3 et 4.

содержаниями весьма трудно получить все разнообразие положительно-правовых установлений. Нужно удивляться, что ощущение этой пустоты основных начал в течение столь долгого господства естественно-правовых учений не проникло в умы настолько, чтобы возникло сомнение в справедливости самой естественно-правовой гипотезы. Но, помимо этого, гипотеза естественного права возбуждает против себя и другие, философски более существенные сомнения.

Из наблюдения различных областей сущего, мы знаем, что «всеобщее» и «постоянное» в конкретном обнаруживают иную природу, чем само конкретное. Всеобщие законы, управляющие материальным миром, сами не материальны по своему существу. Аксиомы, лежащие в основании науки о пространстве, сами не пространственны. Существует, повидимому, некоторый общий закон, определяющий природу различных стихий сущего, стоящих друг к другу в отношениях последовательной глубины: то, что лежит в основе чего либо, обладает иной природой, чем обоснованное. Но почему же глубочайшие основы права должен быть также нормами права? Такое представление о «постоянном» и «всеобщем» в праве отражает на себе печать воззрения на всеобщее, как на нечто искусственное, отвлеченное, не принимающее никакого участия в действительной жизни права. Оно скорее свойственно построенной на наблюдении «общей теории» права, чем философскому учению о нем [1]): производя последовательные обобщения конкретных юридических норм, мы доходим, наконец, до самых высших из них, наиболее общих. Но спрашивается, почему эти последние яв-

---

1) О задачах «общей теории права», ср. мои симферопольские лекции.

ляются нормами «естественного права». Что самая общая норма не будет еще естественным правом в смысле философской теории — это весьма хорошо видно из рассмотрения наиболее глубокого направления в естественно-правовой доктрине — именно, воззрения на естественное право, как на правовой логос[1]). Если считать вместе с Фомой Аквинским, что естественное право есть воплощение «идеи», «образца», «плана», то невольно возникает вопрос о том, является-ли понятие нормы достаточным и хорошим обозначением для названных гипотез? Является ли в самом деле нормой та общая идея дома, которую, по убеждению схоластики, архитектор воплощает в построении конкретного дома? Понятие нормы является-ли адэкватным выражением для того, что философы называют «идеей»? Исторически нормативизм был, разумеется, самым поверхностным толкованием учения об идеях. Истинный идеализм усматривал в идее не дурную бесконечность стремления, но воплощенную и актуализированную положительную бесконечность. И действительно то, что можно назвать «логосом права» и что мы называем правовой структурой, есть нечто по существу своему чисто предметное, об'ективное, содержательное и не включающее в себя никакого рефлексивного момента. Между тем норма по смыслу своему всегда есть нечто рефлексивное, включающее в себя идею отношения к воле, к настроению, к психике. Норма есть известное суб'ективное отношение к предмету, как к должному и желаемому, а не сам предмет.

Единственным достойным выражением об'ективности правового логоса являются теоретические суж-

---

1) Ср. выше, гл. I.

дения, высказывающие истину о праве вообще, а не практические высказывания о желаемом и должном. Через норму права правовой логос не может найти адэкватного выражения. Норма права сама есть только известный отблеск правовой структуры — и пытаться при помощи этого отблеска выразить самый предмет, значить затемнить и исказить этот последний.

То, что мы разумеем под правовой структурой или правовым логосом, не есть сумма каких-то общих и вечных правовых норм. Правовая структура для нас есть идеальная целостность явлений права. Когда мы применяем понятие права, мы мним в нем, как и в различных других понятиях, нечто бесконечное. Мы не можем в представлении нашем обозреть всю сумму тех конкретных явлений которые именуются правом. Мы даже не знаем большинства их, как например китайского права или права готтентотов. А между тем мы имеем идею права и с совершенной твердостью владеем ею и пользуемся. Это значит, что бесконечные правовые явления связаны между собою в какую-то целостность правовой идеей. В созерцании отдельных моментов этой целостности и обнаруживается структура права. Правовая структура есть то, что придает различным явлениям правовую форму. И, в частности, нормы права являются «правовыми» только потому, что в них отображается правовая структура. Мы называем «правовыми» нормами, в отличие от других видов норм, те, которые предполагают особого носителя (способность признания), в которых выражаются реализованные ценности и которые формулируются в особых определениях (права — обязанности) [1].

---

[1]) Ср. выше, отдел третий, гл. V.

Структура права есть то единство, которое лежит в основе разнообразных правовых явлений и отличает их от других явлений, индивидуализирует их. Феномен права имеет свою целостность и свое собственное лицо. Поэтому его можно характеризовать только строго определенными понятиями. Нельзя сказать, например, что право может быть зеленым или круглым. Но право может иметь множество своих определений, которые совершенно не применимы к предметам природы или к математическим величинам. Не бывает, например, справедливого атома или принудительного треугольника, — характеристики, которые мы постоянно применяем к праву. Изучая эти различные определения права, мы видим, что они так или иначе прямо или косвенно связаны с правовой структурой и вращаются вокруг нее, как вокруг центра. Так одни из этих определений прямо касаются элементов правовой структуры. Когда говорят о праве, что оно «признано», или «непризнано», «интуитивно» или «законно», «принудительно» или «свободно», — имеют в виду носителя правового смысла, правового деятеля; когда говорят, что право «справедливо» или «несправедливо», «честно» или «бесчестно», «жестоко», «гуманно», — очевидно, имеют в виду отношения ценностей; выражения «лично свободное право» и «право централизованное» прежде всего касаются отношения основных определений права — правомочий и правообязанностей. Другие определения имеют в виду свойства установленного, положительного права, как-то: «строгое» право, «неподвижное», «гибкое» и т. п. К ним же относятся и общеизвестные определения правовых институтов, в которых выдвигается фактический, социальный элемент положительного права, момент правовых реалий (право ро-

довое, семейное, вещное, гражданское, социальное, международное и пр.). Вообще говоря, никакое право невозможно без правовой структуры. Бесструктурное право так же немыслимо, как немыслима лишенная веса материя или не имеющее измерений пространство.

IV

Правовой идеал

Глава VII

ПОНЯТИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО ИДЕАЛА В ЕГО РАЗЛИЧНЫХ ЗНАЧЕНИЯХ

1. Общественный идеал

И в современном обычном словоупотреблении и в современной науке понятия: «правовой идеал», «политический идеал», «общественный идеал» совершенно не различаются и подвергаются постоянному отождествлению. В связи с этим и философия права, которую иногда определяют, как науку о правовых идеалах, отождествляется с политической, государственной и социальной философией. Нужно думать, что исторической причиной этого смешения являлась поставленная еще школой естественного права проблема правового государства. Родившись из бурного и неудержимого стремления новейшего западного человечества к установлению на земле

наиболее совершенного общественного устройства, теория правового государства связала эти искания «земного рая» [1]) с верой, что он может быть отыскан в праве и осуществлен через право. Таким образом юридические формы договора, личных прав и юридических гарантий стали панацеей для излечения всех социальных и политических бедствий. В проблемах философии права сконцентрировалась вся социальная и политическая мудрость. Философия права стала, как бы всеоб'емлющей, общественной наукой. Кто хочет познакомиться с наиболее ярким воплощением всех этих устремлений, пусть обратится к «Философии права» Гегеля. Разве не поставлены в ней все проблемы общественной и политической философии? И разве они не вытекают все из идеи права, которая является и фундаментом и венцом, построенного Гегелем здания?

Но, оставляя исторические влияния, попытаемся выяснить те основные предпосылки, на которых основывается современное, столь часто встречающееся отождествление идеи правового идеала с идеалом социальным и политическим. Я думаю, что первой и едва-ли не самой глубокой, хотя и не всегда сознаваемой предпосылкой такого отождествления является весьма распространенный в настоящее время взгляд на право, как на логически необходимый элемент общественных явлений. Понятие общества, с этой точки зрения, вообще нельзя мыслить без права. Право есть регулирующая форма общественных отношений, и там, где правовое регулирование отсутствует — невозможна вообще никакая

---

[1]) По выражению П. И. Новгородцева, в его получившем широкую известность сочинении: «Об общественном идеале».

социальная жизнь[1]). Если принять эти допущения, то с очевидностью окажется, что всякое усовершенствование общества не только не отделимо от усовершенствования права, но более того, **единственно может быть достигнуто путем права.** Общество не может иметь иного пути усовершенствования, кроме пути улучшения своего регулирующего закона. Это воззрение, в распространении которого был весьма повинен Рудольф Штаммлер, разделяется не только его последователями, но и многими другими не вышедшими из новокантианской школы юристами и государствоведами.

Одним из самых очевидных возражений против этого воззрения является указание на то, что оно неизмеримо суживает область так называемых общественных явлений. «Общественные» связи, наблюдаемые в животном мире и даже иногда распространяющиеся на область растительной жизни, очевидно не строятся по способу правового регулирования. Следовательно, их и неправильно называть «общественными» связями. Очевидно, что не на праве же построены «общества» пчел, муравьев, москитов, не на праве же основана стадная жизнь животных; а раз так, все эти явления и не заслужи-

---

[1]) Ср. R. **Stammler**, Wirtschaft und Recht, 3-te Aufl., 1914, S. 82, где дается следующее определение социальных явлений: „Soziales Leben ist äusserlich geregeltes Zusammenleben von Menschen". Ср. также примеч. 52 с полемикой против Б. А. **Кистяковского**, который в общем стоял на совершенно правильной позиции. Очень близко к критикуемому здесь воззрению стоит **Bierling**, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I, S. 83: „Nicht die Lebensgemeinschaft ist das ursprünglich Gegebene, aus deren Anschauung und nach deren Charakter sich dann die Normen des gemeinschaftlichen Lebens entwickeln, sondern die Normen sind es, die jeder Lebensgemeinschaft, gleich wie sie deren Existenz bedingen, so ihr auch den speziellen Charakter geben".

вают того, чтобы называться «обществами». Нужно избегать всегда спора о словах, и кто хочет называть виды животного общения и им подобные явления, не «обществами», а как то иначе, пусть ему будет предоставлено на такое словоупотребление полное право. Только он должен с точностью отдать себе отчет в том, что для него понятие общественного явления совпадает с понятием человеческого общества. Если принятое им словоупотребление неправильно и не целесообразно, это должно с ясностью обнаружиться при изучении человеческих обществ. И мы думаем, что обнаружение этого не представляет особого труда.

Что означает, в сущности говоря, отождествление общественных явлений с явлениями правового регулирования? Это означает, согласно с изложенными нами взглядами, что общественные явления суть особые отношения между реализованными ценностями. Особенность их характеризуется: 1) особым интеллектуальным принятием ценностей с точки зрения их признания, 2) особым измерением их отношений с точки зрения справедливости. Общество есть, другими словами, основанный на «признании» порядок сосуществования реализованных ценностей, — таково понятие основанного на праве общественного порядка или правопорядка. Но таково ли на самом деле истинное существо человеческого общества?

Что человеческое общество ближайшим образом связано с идеей ценности — в этом утверждении есть своеобразное и значительное правдоподобие [1]). Даже более того, можно предположить, что всякое

---

[1]) О связи идеи общества с идеей ценности см. интересное исследование Шелера „Wesen und Formen der Sympathie", 2-te Aufl., 1923, особенно последнюю главу.

общество, — включая и отрицаемые сообщества животных, — предполагают эту идею ценности другого существа или другого «я». Но в высшей степени ошибочно думать, что в общественной жизни не только животных, но и людей ценность чужого «я» «признается» так, как признаются правовые ценности. Мнение это, новейшим сторонником которого является Мюнстерберг[1]) и которое встречается и у других новокантианцев, построено на полном непонимании эмоциональной стороны общественной жизни, играющего выдающуюся роль и в пределах человеческого общения. Те порвоначальные акты, в которых открывается общественная ценность другого существа, не являются актами разумного признания, но характеризующими даже низшие ступени животного бытия актами симпатии, стремлением к другому существу, чувством близости, родственности и т. п. В этих актах обнаруживается гораздо более глубокое вчувствование в соответствующие ценности, чем в правовом признании. Достаточно сравнить, например, естественный материнский инстинкт с соответствующими юридическими способами защиты детей, чтобы наглядно ощутить степень разницы правового и чисто эмоционального отношения к ценностям. Но тот, кто человеческое общество мыслит на подобие некоторого правового порядка, тот неизбежно упускает из вида всю сложную сеть чисто эмоциональных общественных отношений. Он упускает из вида, что значительные и наиболее, пожалуй, первичные слои общественного бытия людей строятся не на отвлеченной идее справедливости и права, но на живом и жизненном чувстве содружества и симпатии — чувстве, имеющем глубокие биологические корни и представляющем

[1]) Ср. цит. соч. Шелера, стр. 262.

разветвления глубоких и общих порывов к жизни. С точки зрения идеи юридического упорядочения вся эта стихия общественной жизни представляется не важной, не нужной и мало понятной. Самое большее, если ей придают значение некоего иррационального икса, который существует постольку, поскольку может оформляться правом. Но между тем эта общественная стихия не только не представляет из себя бесформенной материи, получающей впервые жизнь от правового закона, но полна богатейшего и самостоятельного жизненного содержания. Мы встречаем это содержание и в юридически неупорядоченной совместной жизни животных. Эти обстоятельства указывают нам, с одной стороны, на узость разбираемого нами понятия о человеческом обществе, с другой стороны, на необходимость расширить идею общественной связи по крайней мере до пределов животной жизни.

Вообще говоря, об обществе здесь нужно повторить то, что мною было однажды написано в другой книге[1]). «Нужно помнить, что существует некоторая научная и даже философская инертность человеческой мысли, для которой трудно помириться с тем, что некоторые высшие сферы бытия представляют собою парадоксальную с точки зрения простоты физического мира запутанность отношений, от упрощения которой получается один определенный результат — полное искажение подлинного лица тех фактов, которые требуется понять и изучить. В этом отношении особо сложным характером отличается то, что мы называем бытием социальным. Можно сказать, что заранее обречена на неудачу

[1]) Ср. мои симферопольские лекции, стр. 100. В последующем я несколько изменяю и исправляю взгляды, изложенные в лекциях.

всякая попытка изобразить социальные отношения, как некоторую вполне однообразную систему связей, подобную тем, которые естествоиспытатель наблюдает в материальном мире. Обычная ошибка социологов заключается в том, что социальная жизнь подвергается подобным упрощениями и рассматривается с точки зрения категорий, заимствованных из гораздо более низких областей бытия. Социальное бытие не представляет собою какого либо однообразного ряда отношений, но есть скорее ряд отдельных взаимнопроникающих и взаимнообусловленных сфер, образующих некоторую перекрещивающую систему связей. Живое общество представляет собою некоторое целое, отдельные части которого как бы срослись вместе — но срослись не теми внешними связями, как это бывает в колонии клеток, и не тем внешним проникновением, как это бывает в жизни наших внутренних переживаний, а совсем особым путем, который нужно почувствовать, чтобы не внести в познание социального чуждых ему преставлений». В частности, в человеческом обществе можно наблюдать три основных стихии отношений, глубоко различных по своей природе и могущих служить предметом для изучения отдельных наук, изучающих общественное целое:

а) Поскольку жизнь человеческого общества протекает в физической среде и поскольку сам человек представляется телесным существом, постольку общественные явление не могут не складываться из ряда чисто природных, пространственных и временных отношений. В этой стихии общественного целого господствуют основные физические законы, какие мы наблюдаем в остальном природном мире, с его основными физическими и химическими процессами. Но не внутренняя жизнь природы, не моле-

кулы, атомы и электроны составляют предмет интереса социолога, но движения и отношения конкретных тел и связанные с ними конкретные временные события. Массовая сторона этих движений и событий со всей их конкретной случайностью и господствующими здесь статистическими законами случая — вот что составляет содержание этой стороны общественной жизни. Ее можно назвать стихией механистической, понимая под «механизмом» не совокупность законов физического движения, а совокупность законов вероятности.

б) Вторую стихию общества можно назвать по преимуществу витальной. Это есть арена проявления общих органических сил жизни, общего жизненного порыва. Совершенно неоспоримо, что исторически человеческие общества, так же, как и общества животные, — явились, как результат того огромного размаха жизни, который создал все неисчислимое богатство растительных и животных форм. И при сложении первоначальных обществ действовали те же общие органические силы, какие создали жизнь вообще: стремление и инстинкт, голод и любовь, борьба за самосохранение и за продолжение рода. Поскольку проявлением этого жизненного порыва являются первоначальные эмоции любви и независти, симпатии и антипатии, постольку и общество на этой витальной стадии своей жизни предполагает существование зачаточных нравственных сил, которые, впрочем, обусловлены здесь общей обстановкой физической жизни и не приобрели еще самостоятельного существования. Животные общества преимущественно являются областью действия этих сил, играющих значительную роль и в человеческих обществах и составляющих реальную почву для развития тех высших проявлений общественной

жизни, которые отсутствуют в животном мире и принадлежат к области духовного человеческого общения.

в) Третья, духовная, стихия общения есть область высших духовных сфер человеческой жизни. Глубочайшее заблуждение думать, что она покрывается способностью рассуждения и разума, составляющих условия для правовой деятельности признания. Акты духовной любви, духовного предпочтения и интереса, глубоко эмоциональные по своему существу, являются не менее существенными способами общения, чем акты разумного признания. Возможны общественные отношения, построенные на силах любви и открывающие возможность гораздо более глубоких и тонких связей, чем чистый правовой союз. Такова церковь, как вечный союз любви и веры. Таковы связи, покоющиеся на дружбе и симпатии, таковы основы семьи, как основной ячейки человеческого общества. Правовой момент может присутствовать в этого рода общениях, однако же он далеко не покрывает их существа. Правовой союз есть таким образом только один из возможных видов духовно-общественной связи, требующий особых условий для своего существования и характеризующийся особыми свойствами оформленных правом социальных отношений.

Отсюда видно, что правовое общение отнюдь не совпадает с общественными явлениями в их целом и что поэтому идея совершенного общества отнюдь не может совпадать с идеей совершенного правопорядка. И в частности, понятие социального идеала приобретает следующие самостоятельные значения в зависимости от той общественной стихии, к которой оно имеет отношение:

а) Всего менее идея общественного идеала связана с механистической стихией общественной жизни. Происходящие в пределах общественной жизни физические процессы и движения не знают никаких идеалов, как не знает идеалов механика и физика. Только ставя эти процессы в некоторое отношение к наблюдаемым в среде общественной жизни биологическим явлениям, мы впервые выходим из безразличия чистой физики, начинаем отличать лучшее от худшего и приходим к понятию наибольшего биологического совершенства или биологического идеала. Можно говорить, например, о «равномерности социального движения», как об идеальном состоянии общества, однако всегда нужно помнить, что с точки зрения чистого естествознания равномерность эта ничуть не предпочтительнее неравномерности. Предпочитать равномерность можно только с точки зрения жизни и ее интересов, полагая, что при равномерном движении лучше сохраняется жизнь личности или общества, приобретается большая общественная устойчивость и т. п.

б) Эти понятия «наибольшего сохранения», «наибольшей устойчивости», «наибольшего постоянства» являются общественным идеалом с точки зрения чисто витальной. Конечно, в биологическом смысле более совершенно то общество, которое обеспечивает наибольшую устойчивость началу жизни, — будь ли это жизнь индивидуума, или жизнь рода, или жизнь вообще. Никаких других идеалов не знает жизнь, пока она не поднялась на степень духовности, пока не стала жизнью духа. Оттого и элементарные нравственные инстинкты, пробуждающиеся уже на первоначальных ступенях жизни, не могут иметь никаких собственных небиологических идеалов. Естественная семья может быть очагом глубо-

ких нравственных чувств, но чувства эти ограничены пределами чисто физического сохранения рода, — оттого чисто естественное семьянинство духовно может быть явлением очень узким и даже граничащим с безнравственным эгоизмом. Таков же и чисто естественный, «звериный», как его иногда называют, национализм, совмещающий в себе иногда глубокое самопожертвование с глубоким эгоизмом. Само собой разумеется, что это чисто биологическое понятие общественного идеала не имеет никакой необходимо логической связи с идеей права. Наибольшая устойчивость, наибольшая способность к сохранению жизни — все эти состояния могут быть достигнуты и не правовым путем. Ведь достигают же их животные общества — и даже, может быть, лучше, чем человеческие. То же нужно сказать и об общественном идеале, построенном на так называемых витальных ценностях (приятное — неприятное). Идеал всеобщего счастья и благополучия, не только обольстительный для голодных и неимущих, но и об'ективно справедливый с точки зрения элементарных нравственных чувств, всегда стоит перед опасностью выродиться в самый грубый эгоизм и материализм, если только он не знает других, более духовных интересов. И столь же мало предполагает он идею права. Человеческий муравейник, богатый и сытый, столь же мало нуждается в праве, как и хорошо организованный в борьбе за жизнь муравейник насекомых. Пока его члены не почувствовали и не уразумели духовной ценности права, всякий правопорядок может показаться им даже излишним для скорого осуществления целей всеобщего благополучия.

в) Совсем иное значение имеет понятие «общественного идеала» с точки зрения духовной стихии

общества. Духовная жизнь не есть жизнь уединенная, жизнь не-общественная и анти-общественная. Духовная жизнь есть по преимуществу полнота общения с святым и ценным. Личное совершенствование, подвиг личной добродетели, есть только одна из сторон этой жизни. Общение с духовными ценностями и проникновение ими не может быть процессом замыкания в себя и отграничения от всего другого. Напротив, духовность, раз приобретенная, имеет способность излучать из себя особый свет, который не может не освещать собою всего окружающего, не может не влиять на окружающее, изменяя его и преображая. Внутреннее преображение необходимо ведет за собою преображение внешнее. И в частности, всякая ступень достигнутой духовности не может не отразиться на отношениях человека к человеку и не может не вести к преображению общественных отношений. Этим решается пресловутый спор о том, что важнее в смысле общественного прогресса, — преобразование личное или преобразование учреждений [1]). Процесс этот, в сущности, есть процесс обоюдный. Учреждения не могут быть усовершенствованы без, хотя бы частичного, усовершенствования личности, и преобразованные учреждения, раз они созданы, не могут не влиять на усовершенствование людей. Остается только ответить на вопрос, какое место в этом состоянии духовного,—личного и общественного,—совершенства занимает право? Известны два противоположных ответа на этот вопрос. Можно предположить, что состояние духовного совершенства вообще исключает право, есть состояние типично

[1]) Новейшее изложение этого спора у П. И. Новгородцева, Об общественном идеале, стр. 93 и след.

неправовое. К такому выводу, прежде всего, склонны все те, кто определяет право, как «минимум нравственности», как «обузданный эгоизм» и т. п. Если право есть минимум нравственности, то, конечно, оно излишне на максимальной стадии нравственных достижений. Если право есть обузданный эгоизм, то, разумеется, ему нет места там, где нет необходимости прибегать к какому либо обузданию. Сходными предположениями руководствовались и наши русские отрицатели права из лагеря славянофилов. Предполагая, что в основе права лежит изначальная разрозненность западного общества — эгоизм, формулированный в известном принципе: «chacun pour soi et Dieu pour tous», — они последовательно заключали, что в общении, построенном на христианской любви, право является, поистине, излишним и ненужным принципом[1]). Оттого они и думали, что совершенное общение не может быть правопорядком. Справедливость этого воззрения заключается в том, что оно подчеркивало необходимую связь идеи права с этикой и религией. Действительно, право, совершенно оторванное от этических и религиозных ценностей, является началом более вредным для общественной жизни, чем полезным и нужным. Однако, всякое ли право необходимо должно быть от них оторванным? Разве не может быть права, построенного на истинных началах добра и правды? Мы подходим таким образом к другому, противоположному ответу на поставленный нами выше вопрос. Для него начало права яв-

[1]) Очень сочувственную характеристику этих взглядов можно найти в статье П. И. Новгородцева, Ueber die eigentümlichen Elemente der russischen Rechtsphilosophie в „Philosophie und Recht", 1922. Ср. также мою рецензию на этот сборник в № 2 «Новой русской книги» за 1923 г.

ляется не искажением и разложением религиозного и нравственного отношения к миру, но необходимой ступенью самой идеи духовности. Другими словами, для него целостность духовной жизни немыслима без идеи права, без правового отношения к вещам и лицам. Вывод этот, прежде всего, вытекает из уже изученного нами отношения идеи права к идее ценности и из обоснованной в этой связи идеи справедливости. Было уже показано, что понятие справедливости эйдетически связано с самой идеей ценности и неотделимо от нее. Кто признает мир ценного, тот не может не признать «справедливых» отношений в пределах этого мира и не может не признать здесь «правильных», «правовых» и противоположных им «неправовых» отношений. Но поскольку, как мы уже видели, справедливость и право основываются на особых ценностных актах, — на акте признания, — постольку сделанный нами вывод вытекает также из выразумения внутреннего смысла этого акта признания. Мы видели уже, что акт этот есть одно из проявлений небезразличия и заинтересованности — любви и ненависти в широком смысле этого слова. Оттого отношением этого акта признания к идее любви определяется основной смысл идеи права. Акт признания сам по себе может показаться чуждым духовной теплоты и интимности, сухим и холодным. Можно поэтому подумать, что и основанная на нем идея права кроет в себе начало безразличия, индифферентизма и нравственного релятивизма. Кто просто признает ценности, тот не горит душою, не живет в них, не погружается безраздельно в их стихию. Холодным разумом он допускает, что в них заключено нечто достойное, предоставляя другим принимать это достойное к сердцу. Однако, такими свой-

ствами обладают только те проявления признания, которые искусственно оторваны от акта любви. Подобная оторванность возможна, но она не обусловливается какой-либо внутренней необходимостью и является скорее нравственно отрицательным, чем положительным актом. Она вытекает скорее из нерасположения, чем из живой симпатии. Она есть порождение тех душевных настроений, которые создаются при столкновении с внешне-неизбежными событиями, с которыми приходится считаться и которые необходимо терпеть. Мы чувствуем необходимость признания тогда, когда противостоящие нам факты не столь неизбежны, чтобы с ними бороться, однако же и не столь неприемлемы, чтобы с ними прямо вступить в борьбу. Уклоняясь от борьбы, мы их терпим и тем самым признаем [1]). Но

[1]) Когда эти строки были уже написаны, я познакомился с весьма интересной, помещенной в августовском выпуске «Вестника Самообразования», статьей В. Э. Сеземана, Об истинной и ложной терпимости. Не могу не процитировать некоторых характеристик из этой статьи, которые совпадают с тем, что нами сказано о понятии «признания». — «Быть терпимым к чужим убеждениям или взглядам, это в сущности значит их терпеть. Но терпеть в строгом смысле можно только то, что испытывается, как неудобное, неприятное, причиняющее страдания. Нравственная ценность терпения в том, что оно есть путь к преодолению терпимого зла. Отголоски этого основного смысла терпения сохранились еще и в понятии терпимости. Мы «терпим» чужие мнения и убеждения именно потому, что они, как чужие, непривычные, вызывают в нас, хотя бы только в первый момент отрицательную реакцию, т. е. непосредственно воспринимаются, как нечто неприятное и даже враждебное. Но собственно нравственный смысл терпимости заключается в совершенно ином: не в устранении зла, а в признании той положительной ценности, которая свойственна чужим верованиям или убеждениям, как проявлениям самоопределяющей себя человеческой личности. Поскольку эта личность есть самостоятельная, самобытная

существует другой род деятельности признания, вытекающий не из сознания примиренной неизбежности, но из положительного источника любви и заинтересованности. Подобного рода признание может быть предварительной ступенью для актов живой любви. Когда мы еще не можем любить ценное, но начинаем разуметь заключающийся в нем положительный смысл, мы стоим как раз на точке зрения такого признания и в то же время на пороге истинной любви. Знакомое всякому чувство положительного уважения, которое пробуждается в душе при созерцании чего либо «достойного», ближайшим образом связано с этого рода признанием и постоянно ему сопутствует. Но,

---

индивидуальность, у нее должен быть свой особый подход к окружающему миру, свои особые пути познания, свой особый жизненный опыт. Уважение к чужой личности и к проявлению ее индивидуальной сущности в только ей свойственных формах и выражениях неразрывно связанное с уважением к самому себе, — вот подлинно нравственная основа всякой терпимости. Однако, если присмотреться к реальной действительности человеческих отношений и к тем конкретным формам терпимости, которые в них осуществляются, то не трудно убедиться, что этот нравственный момент терпимости сравнительно редко приобретает значение решающего действенного мотива. Гораздо чаще то, что принято называть терпимостью, обусловлено совершенно иными побуждениями, сводясь на деле лишь к невмешательству, воздержанию от всякого давления или активнаго воздействия на мысли и убеждения других лиц. Обычно такое поведение — не что иное, как прямое следствие той внутренней косности, которая свойственна умственной и вообще духовной жизни большинства людей, и которая заставляет их двигаться всегда по линии наименьшего сопротивления. Для того, кто не имеет своих собственных убеждений и принципов, или кто не дорожит ими, соблюдение «благожелательного нейтралитета» по отношению к взглядам и верованиям окружающего мира представляет, несомненно, гораздо больше

кроме того, акт признания может быть не только предварительной ступенью любви, он может быть ее последствием. Существует признание, требуемое любовью и прямо из любви вытекающее. Было уже выше сказано, что горящая в очаге семьи любовь к детям, как любовь, одинаково распространяется и на больших и на малых[1]). Но любовь эта прямо требует, чтобы взрослые признавались самостоятельными людьми и тем самым занимали в семье особое положение. Непризнание их самостоятельными является порождением чисто отрицательных актов эгоизма, зависти, боязни, ненависти. И, вообще говоря, именно любовь к творению во всем его разнообразии и богатстве в силу внутрен-

---

удобств и связано с меньшей ответственностью, с меньшей затратой сил и времени, чем всякое активное отношение к проявлениям внутреннего мира других людей». Этот последний род терпимости, по правильному замечанию В. Э. Яеземана, выработался в политической атмосфере новейшего демократического государства. Оттого нельзя не признать правильным определение демократии, как системы политического релятивизма, как об этом говорит, пользуясь термином Кельсена (Vom Wesen und Wort Demokratie, 1920), П. И. Новгородцев: «если система политического абсолютизма представляет неограниченное господство какого либо одного политического порядка, а иногда и какой либо одной совокупности верований и воззрений, с принципиальным отрицанием и запрещением всех прочих, то система политического релятивизма не знает в общественной жизни никакого абсолютного порядка и никаких абсолютных верований и воззрений. Все политические мнения и направления для нее относительны, каждое имеет право на внимание и уважение. Релятивизм есть то мировоззрение, которое предполагается новейшей демократической идеей». «София», I, 1923, стр. 97.— Можно сказать, что демократия основана на «терпимости» и «правовом признании» в указанном отрицательном смысле этого слова.

[1]) Ср. выше гл. IV, § 5.

ней логики своей требует признания за отдельными его положительными проявлениями права на свободу и самоопределение. Я думаю, что это есть глубоко-христианское мироощущение, неизбежно вытекающее из христианской эротики[1]). Интуиция мира, как творения Божьяго, и отдельных существ, как детей Божьих и носителей славы Отца, неотделима от признания за миром самостоятельной возможности показать эту славу, проявить ее и воспеть. Такого права не имеет только прямое зло, как начало отрицательное, подлежащее уничтожению и предназначенное к ничтожеству. Только слепой, дикий, неразумный фанатизм, питающийся чисто отрицательными чувствами, не может понять этой положительной души права и не может оценить ее.

Истинное признание должно быть таким образом основано на любви, и в любви должны лежать его корни. А это значит, что самая глубокая любовь, как интуиция ценности до самозабвения, отнюдь не отрицает деятельности признания и ей не противоречит. Напротив, любовь требует, чтобы и все имели право свободно любить, предполагает, другими словами, п р и з н а н и е п р а в а. И если существо духовной жизни определяется способностью любви к добру, то в целостности духа признание и основанное на нем начало справедливости и права должны занимать определенное и самостоятельное место. Таким образом состояние духовного совершенства не противоречит идее права и не

---

[1]) Как она понималась, например, Ф р а н ц и с к о м А с с и з с к и м (см. S c h e l e r, Wesen und Formen der Sympathie, S. 104 и след. с указанием литературы) или восточной христианской мистикой.

является состоянием неправовым. Однако, ошибочно думать, что идеал духовной жизни, — личной или соборной, — вполне покрывается идеей права. Право является только моментом духовного отношения к миру и не совпадает с жизнью духа в ее целом. Если духовная жизнь есть общение с святым и ценным, то право является одним из способов такого общения, а не духовной соборностью вообще.

2. Государственный или политический идеал

Второй не менее существенной и распространенной причиной неясности понятия «правовой идеал» нужно считать недостаточное уяснение отношения между правом и государством. Господствующий в настоящее время взгляд считает государство простым видом правопорядка. В государстве, как говорят сторонники этого взгляда, «всегда есть нечто от права» [1]). Государство не может быть мыслимым,

[1]) J. Binder, Recht und Macht als Grundlagen der Staatswirksamkeit, 1921. Ср. также A. Affolter, Staat und Recht, „Hirth's Annalen", 1903, S. 62: „Der Staat besteht nur durch das Recht, das letztere ist ein Moment im Wesen des Staates; durch die Entstehung des (geltenden, positiven) Organisationsrechtes entsteht der Staat und umgekehrt". — На противоположной точке зрения, отстаивающей самостоятельность стихии государства по сравнению с правом, стоял Гирке, который проводил названный взгляд с большей последовательностью и определенностью: „Immer aber bleiben Recht und Staat zwei selbständige Lebensmächte. Weder ist, wie das Naturrecht annahm, erst aus dem Rechte der Staat, noch, wie die Modernisten meinen, erst aus dem Staate das Recht ge-

поскольку мы не мыслим права. Таким образом право является, согласно этому воззрению, эйдетическим моментом в понятии государства. В этом последнем логически мыслится право, и если его устранить, понятие государства теряет свой смысл. Само собой очевидно, что при этих допущениях неправильно было бы думать, что возможен такой государственный идеал, который не являлся бы в то же время и правовым идеалом. Раз государство логически немыслимо без права, немыслимо также усовершенствование государства без соответствующего усовершенствования права и осуществление государственного идеала без осуществления идеала правового. Понятия эти логически не отделимы друг от друга и вполне совпадают.

При обсуждении этого, весьма интересного вопроса государственной и правовой философии нужно прежде всего точно уяснить возможные

---

boren. Recht und Staat sind einander ebenbürtig und mit einander gereift. Sie sind auf gegenseitige Ergänzung hingewiesen, aber sie decken sich nicht, sondern haben ihre eignen Reiche. Darum können auch das Recht und die organisierte Macht, so erwünscht ihre Harmonie ist, einander feindlich gegenübertreten. Macht ist nicht Recht: es gibt rechtlose Macht. Es gibt auch machtloses Recht". (Deutsches Privatrecht, I, S. 118). Гирке указывает также на Л а с с о н а и Ш у п п е, как на крайних сторонников воззрения, отожествляющего право и государство. Ср. L a s s o n, System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 287. S c h u p p e, Zeitschrift für die privat- und öffentlichen Rechte, X, S. 349 и XI, S. 160. О некоторых колебаниях Гирке при проведении названного взгляда смотри G. G u r w i t s c h, O. Gierke als Rechtsphilosoph. Erweiterter Separat-Abdruck aus „Logos", Bd. XI, Heft 1, S. 137 и след. Воззрения на самостоятельность стихий государства и права придерживался также R. S c h m i d t, Allgemeine Staatslehre, 1901, S. 174 ff. и у нас С. А. К о т л я р е в с к и й, Власть и право, Москва, 1915.

методологические к нему подходы. И прежде всего следует отделить исторический вопрос о фактической связи права с государством от логического рассмотрения отношения между понятиями права и государства. Исторический вопрос менее всего составляет предмет интереса наших философских изысканий. Указание на то, что правопорядок мог исторически существовать без государства и что в то же время исторические государства, повидимому, всегда были связаны с правом — очень интересны для историка и социолога, но ни на пядь не подвигают решение философского вопроса о праве и государстве в их эйдетических отношениях. Нужно даже признать, что всякая попытка ответить на последний вопрос путем обращения к первому способна внести только самую безнадежную путаницу в постановку нашей проблемы. Успешное решение поставленного вопроса может быть выполнено только при тщательном проведении известной «установки» умственного зрения, не допускающей привхождения иных познавательных моментов и уклонения на иные познавательные пути.

Начнем прежде всего с понятия государства. Из тех логических признаков, которые вводятся в это понятие современным государствоведением, наиболее важным является, конечно, элемент власти [1]). Поистине, государство немыслимо без власти, как окружность немыслима без центра. Союз, не обладающий властным характером, просто не может быть мыслим, как государство. С этим моментом власти и следует связать рассмотрение вопроса об отношении права и государства.

[1]) См. мои «Очерки по общей теории государства».

Элемент власти не составляет исключительной особенности государственного общения. Он может присутствовать также и во всяком правопорядке, поскольку этот последний не лишен свойств истинной реальности и действенности. В этом смысле между правом и властью нет никакой непримиримой противоположности, а, следовательно, нет противоположности и между государством и правом. «Правопорядок не противостоит государству, как нечто совершенно чуждое власти»... «Право относится к государству, как власть к власти»[1]). Властность и есть та стихия, которая может соединять государство и право. Когда соединение это происходит, необходимо преобразуются присутствующие в правопорядке властные отношения. Это преобразование или «огосударствление» правового властвования придает властным отношениям особые свойства. Существует один признак, который вполне отчетливо характеризует эти особенности государственного властвования. Государственный союз является союзом политическим, и политическим характером обладает властвование, именуемое государственным. Но неправильно полагать, что понятие «политический» совпадает с понятием «правовой». «Политические» отношения и связи представляют собою явления по сравнению с правом совершенно самостоятельные, обладающие особой природой и особыми качествами. Два основных признака характеризуют свойства политической власти, в отличие от власти частной, «неполитической». Во-первых, это ее верховный или державный характер, определяемый известным понятием суверенитета. Идея политического верхо-

---

[1]) Мои симферопольские лекции, стр. 153.

венства непосредственно связана с идеей иерархии и обозначает свойство быть «высшей» властью в порядке восхождения подчиненных властей. Можно чисто опытным путем показать, что там, где наблюдается процесс такого восхождения, там власть начинает приобретать политический характер. Власть отца семейства не есть еще политическая власть, но власть старейшего в роде, власть над отцами отдельных семейств, мыслится нами, как обладающая, хотя бы элементарными, политическими свойствами. Власть рабочей биржи труда не есть еще политическая власть, но власть центральной биржи или центрального синдиката в синдикалистском обществе необходимо приобретает политические свойства [1]). Мы подчеркиваем, что это понятие верховенства не есть понятие чисто юридическое. И, именно, верховенство власти, как верховенство некоторого ценностного авторитета, может существовать и жить не на основании правового признания, но на основе чисто нравственных чувств любви и уважения. В пределах построенных на верховенстве отношений может не быть никаких двусторонних отношений, никакой связи «прав» и «обязанностей». Можно даже предполагать, что идея права при некоторых условиях оказывает на верховенство влияние разлагающее и обезличивающее. Суверенитет, построенный на чистых «правовых» отношениях, является суверенитетом ослабленным, как это наблюдается в современных государствах, преувеличенно подчеркивающих принцип права и стремящихся вылить отношения государственного властвования исключительно в юридическую форму.

---

[1]) Как это более подробно развито в моих «Очерках».

Во-вторых, политический характер государственной власти определяется тем, что принято называть словом «публичный». Понятие «публичности» в современном сознании ближайшим образом связано с идеей права; современная государственная теория не представляет даже, чтобы могла существовать какая-либо «публичная» деятельность государства или иного союза, которая не являлась бы в то же время деятельностью «публично-правовой». Таким образом вопрос о публичности в современном сознании сводится к вопросу о различиях частного и публичного права — к вопросу, в пределах теории положительного права бесконечно запутанному и даже неразрешимому. Вопрос этот много выигрывает в своей ясности, если подходить к нему не с точки зрения юридической догмы, но путем непосредственного выразумения смысла, заложенного в понятии «публичный». Это понятие образовалось, как ясно из предыдущего, по противопоставлению с понятием «частный» и по первоначальному значению своему совпадает со всем тем, что «открыто для всех», «доступно всем», не «замкнуто» для определенного узкого круга лиц или для одного лица, не «тайно» [1]). В более узком и специальном значении понятие «публичный» применяется для обозначения того, что не погружено в себя, не партикуляризовано и что, следовательно, связано с «другим», заинтересовано в нем и живет его жизнью. Отсюда идея «публичности» указывает на связь с «обществом», предполагает отношение к обществу, как к целому. Так, когда мы говорим «это есть не частное, а публичное дело», мы разумеем связь с общественны-

---

[1]) Ср. Leuthold, Oeffentliches Interesse und öffentliche Klage, Hirth's Annalen, 1884, S. 328. — Neumann, Das öffentliche Interesse mit Bezug auf Gebühren etc., Ibid., 1886, S. 372.

ми интересами и потребностями. «Частное дело» интересует меня одного, в «публичном» деле заинтересован целый круг лиц. В таком же значении мы говорим о вещах частного и публичного оборота, о частных и публичных обязанностях и т. п. Выражение «общественное мнение» на некоторых языках прямо имеет тот же смысл, что и мнение «публичное». Но совершенно в таком же смысле мы говорим о «частном» и «публичном» праве. Все, что несет печать «публичности», — включая и права, — обозначает некоторую принадлежность к общественному целому. Можно сказать, что в отличие от партикулярного эгоизма проявления «публичности» совпадают с тем, что называется «жертвенностью», — с отказом от партикулярных элементов, с служением людям, обществу, общественному целому [1]). В этом смысле всякая политическая власть, как власть «публичная», не может быть властью построенной на личном, партикулярном, хозяйском, эгоистическом интересе. Она, по крайней мере, в качестве некоторого минимума должна считаться с «общественностью» —

[1]) Нейман в цитированной в предшествующем примечании статье различает в понятии «публичного интереса» два момента: суб'ективный и об'ективный, причем совершенно справедливо указывает на «связь с целым», как на наиболее существенный признак «публичности»: „1) Oeffentliches Interesse im subjektiven Sinne ist: das auf Kulturverhältnisse sich beziehende Interesse einer unbestimmten grösseren Personenmenge, das nicht als Sonderinteresse letzterer erscheint; und 2) öffentliches Interesse im eigentlichen oder objektiven Sinne ist: das Interesse an Zielen oder Zwecken von so grosser Bedeutung, dass es gerechtfertigt erscheint, um ihretwillen den Eigeninteressen Opfer aufzuerlegen“. L. c., S. 416. — Отсюда видно, сколь тесно связан момент жертвенности с идеей государства, как публичной организации.

должна сообразно с ней направлять свои действия. И поэтому «публичные» отношения можно назвать отношениями, построенными на «социальном служении» [1]). Неясно только, почему такое направление «публичной» власти должно всегда итти путем права. Разве идея «служения» не есть идея, прежде всего, чисто нравственная? И разве власть, сознающая свои нравственные обязанности, будет хуже служить целому, чем власть, построенная на праве?

Отсюда ясным становится взгляд, который мне приходилось не раз защищать в других своих книгах: организация политической власти в государстве, по моему мнению, может не обладать характером чисто юридическим. Это мы, прежде всего, наблюдаем в той форме государственного устройства, которая называется теократией [2]). В теократии основанием власти является вовсе не ее правовая форма, но нравственные качества властителей. Во главе власти становятся «стражи Божьей правды на земле». Им учение, им и власть. «У них, выражаясь средневековым языком, ключи царства Божьего и к ним должны обращаться люди, чтобы избавиться от бедствий своего бренного существования» [3]). «Истинный царь, как говорит один христианский писатель, тот, кто властвует над гневом, завистью и наслаждениями, кто все подчиняет закону Божьему, кто, сохраняя свободный разум, не дозволяет страстям властвовать над душою. Такого человека я охотно бы видел повелевающего земле и

---

[1]) По выражению Л. И. Петражицкого.

[2]) Последующие слова заимствованы из моих симферопольских лекций.

[3]) П. И. Новгородцев, Политические идеалы, II, стр. 73.

морю, городам, народам и войскам. Ибо кто в себе самом ставит разум над страстями, тот легко может быть поставлен и над людьми; он явит себя отцом подданных и умеренно будет начальствовать над народами»[1]). Такой властелин, не будучи связан правом и не служа праву, не призван применять и «правового» принуждения. Его власть имеет скорее отеческий характер и руководствует посредством внутренних стимулов нравственности, а не внешним аппаратом правовой санкции. «Добрые пастыри и смиренное стадо»[2]) — вот образцы, которые лучше всего характеризуют разумную природу этого рода властвования, в котором элементы права могут присутствовать разве только в случайном и зачаточном виде. В противоположность правовой государственной форме такая теократия необходимо лишена поэтому всего того сложного аппарата правовых учреждений, который имеет своею целью «защиту и охрану права». Не нужны ни правовые гарантии, ни суды, ни юридически ответственная администрация. Нравственное воздействие и нравственный авторитет стремятся заменить все то, что внешно и несовершенно, по мнению сторонников такой государственной формы, выполняется при помощи аппарата правового властвования. К ним то и зовут сторонники моральной и религиозной власти. «Да впавшим в проступок однажды, или в другой раз, ты епископ не гнушайся и слова Господня не возбраняй ему и из общего жительства не выгоняй его, ибо и Господь не отказывался есть с мытарями и грешниками, а

[1]) Слова Иоанна Златоуста, цитир. у Чичерина, История политических учений, т. I, стр. 101.

[2]) Кн. Е. Н. Трубецкой, Социальная утопия Платона, 1908, стр. 58.

когда фарисеи осуждали Его за это, сказал: «не здоровые имеют нужду во враче, но больные...» Так и ты, как сострадательный врач, лечи всех согрешивших, пользуясь спасительными и пригодными средствами, употребляя не только сечения, или жжения, или лекарства едкие, но и перевязки, и корпии, врачества успокаивающие, заживляющие, и вспрыскивая словами утешения» [1]. Так именно должна поступать всякая власть, проникнутая началами нравственными, а не юридическими [2].

Мы ставим теперь чрезвычайно важный и очень мало освещенный в государствоведении вопрос, должно ли всякое возможное улучшение политических, т. е. державных и публичных, отношений властвования итти непременно по пути права? Вопрос этот в современном правосознании имеет определенное и далеко не справедливое решение. Современное правосознание убеждено в том, что превращение политических отношений в отношения правовые есть единственный способ усовершенствования государства. Отсюда, вполне естественно, идея политического идеала должна совпадать для него с идеей идеала правового. Современное правосознание совершенно упускает из вида, что возможен и другой нравственный способ усовершенствования государственного властвования, что в истинно совершенном государстве, кроме права, должны господствовать также и чисто моральные силы — силы любви, дружбы, солидарности, жертвенности, служения и подвига. Если бы возможно было полное, доходящее до отожествления, прони-

---

[1]) Постановления Апостольские в русск. пер., Казань, 1864, стр. 71.

[2]) На этих нравственных основах строили идею государства наши славянофилы.

кновение государства правом, то все эти нравственные силы поистине были бы обречены на полное угасание. И это было бы в то же время угасанием государства, превращением его или в состояние принудительной тюрьмы или в состояние неорганизованной анархии. Кто этого не желает, кто стремится в процессе проникновения государства правом сохранить все же политический характер государственного властвования, тот неизбежно должен признать, что в государстве, помимо правовых, живут еще нравственные силы и что политический идеал есть не только правовой, но и нравственный.

3. Правовой идеал

Мы думаем, что выводы, полученные нами в предшествующих параграфах, в общем не находятся в противоречии с теми взглядами, которые развивал при исследовании идеи общественного идеала П. И. Новгородцев в своей посвященной этой теме и нашедшей заслуженное признание книге. Только П. И. Новгородцев подходил к исследованию общественного идеала преимущественно с точки зрения истории политических теорий, я же имею главным образом в виду внутреннее строение соответствующих понятий и идей. Существуют многочисленные исторические причины веры новейшего человечества в «утопию земного рая», и различные исторические причины привели эту веру в состояние современного кризиса. Но с точки зрения внутренней логики идей, вера в скорейшее и окончательное осуществление общественного совершенства покоилась на недостаточном понимании того, что такое общественный, политический и правовой идеал. И такое

же непонимание лежало в основе столь свойственной новейшему западному человечеству веры в универсальную, всеспасающую и всеисцеляющую общественную миссию права. Думать, что пропитанное правом общество и государство являются образцом социального совершенства — «земным раем», — может только тот, кто мало уясняет, что такое общество, государство и право. Познание истинного существа общества со всей его сложной природой не может не убедить, что безусловное общественное совершенство возможно только, как «чудо всеобщего преображения», — преображения материи, жизни и духа, — «лежащее вне человеческой мощи и вне философского предвидения» [1]). И менее всего есть основание думать, что усовершенствованием одной из сторон общественного бытия можно достигнуть абсолютного совершенства социального целого. Оттого даже самое совершенное состояние права не может вести к безусловному совершенству общества, — к установлению «земного рая».

Отсюда следует, что учение о правовом идеале должно откинуть свойственный ему старый утопизм и перейти к истинному, здоровому реализму. Основной темой этого учения должно быть не отыскание конечной формулы общественного совершенства, но указание тех действительных путей и средств, при помощи которых может быть улучшен всякий возможный правопорядок, — при полном сознании, что подобное улучшение может излечить многие болезни общества, но не в состоянии преобразовать общества в его целом и довести его до состояния земного рая. Нужно раз навсегда отки-

1) П. И. Новгородцев, Об общественном идеале, 3 изд., стр. 32.

нуть все эти бесплодные формулы общественного и правового идеала вроде «царства лиц, как целей» или «Gemeinschaft freiwollender Menschen» Штаммлера. С точки зрения интересов права все они неоспоримо бесплодны, ибо логически не связаны с идеей права и не вытекают из нее. Почему, на самом деле, «царство лиц, как целей» достижимо только правовым путем? Разве чисто нравственное общение не может быть таким царством? То же нужно сказать и о формуле Штаммлера — и о всякой другой широкой формуле общественного идеала, включая новейшую и, пожалуй, наиболее широкую из всех возможных формул, предложенную П. И. Новгородцевым — «принцип свободного универсализма», «как тот естественный предел, к которому невольно тяготеет мысль нового времени» [1]. На каком основании и этот идеал должен воплощаться в формах права? И не может-ли он с таким же успехом — и даже, может быть, с лучшим успехом — быть достигнут нравственным или религиозным путем? [2]) Для определения правового идеала нужны не эти конечные формулы, но чисто конкретное описание того необходимого опыта, который должен быть произведен для того, чтобы право было построено на началах правды и справедливости, чтобы оно стало истинным, правильным правом. Думаю, что произведенное выше уразумение основных моментов структуры права указывает нам на те необходимые ступени, по которым должен пройти этот опыт.

---

[1]) Ibid., стр. 72.

[2]) Как это, повидимому, следует из статьи П. И. Новгородцева, помещенной в вышецитированном номере „Philosophie und Recht".

а) Наиболее глубокой частью правовой структуры мы считали носителя актов правового признания — правового деятеля, как мы говорили, или правового суб'екта[1]). Очевидно, опыт усовершенствования права должен начаться с усовершенствования суб'екта права. До тех пор пока носитель правового смысла и излучающееся из него правосознание не достигнут нормальной и истинно-духовной жизни, пораждающей нормальную и здоровую деятельность, — до тех пор и право не сможет быть совершенным. С глубоким удовлетворением я не могу не привести по этому поводу слов И. А. Ильина, со всей свойственной ему силой и точностью выражения подчеркнувшего важность названной стороны вопроса. «Право и государство» — говорит названный автор — «живут по существу в суб'екте права, им, суб'ектом, его душою, его духом. Но суб'ект права — это не только понятие или категория, или абстрактная точка для умственного приложения полномочий и обязанностей; суб'ект права это прежде всего духовно организованная душа. Настоящий не фиктивный суб'ект права способен чувствовать, желать и мыслить предметную цель права и государства и потому он переносит эти духовные напряжения свои на самое право и на самое государство и на государственную власть, как на верные и достойные пути к этой цели. Быть не фиктивным суб'ектом права, значит быть духовно-зрелой личностью, — вот первооснова правосознания, вот аксиома философии права, длительное пренебрежение которой таит в себе возмездие... Это значит, что нормальный суб'ект права, как ду-

---

1) Ср. выше, гл. III.

ховно-зрелая личность, ощутил и опознал свою *собственную природу*, как нечто *неразложимое* на простые животно-телесные потребности; он нашел себя, как существо духовное, т. е. измеряющее себя и всю человеческую жизнь не голыми «нуждами», «пользами» и «интересами», — но *достоинством*, об'ективным и безусловным достоинством, честью, совестью, правотою *перед лицом Божиим*»[1]). Вот воспитание такого истинного, не «фиктивного», духовного суб'екта права и является первой ступенью достижения правового идеала. Достижение ступени этой обеспечивает выработку нормального здорового правосознания, необходимыми порождениями которого будут нормальные и здоровые учреждения и институты положительного права. Духовность суб'екта обеспечивает и духовный характер правовых установлений, образующих в целом образцовый и совершенный, реально-действующий правопорядок.

б) Второй существенной частью правовой структуры являются предполагаемые и защищаемые каждым правопорядком ценности[2]). Само собой разумеется, что достижение совершенного состояния права возможно только при правильном познании ценностей, их взаимных отношений, их порядка и их иерархии. С этой точки зрения вопрос о правовом идеале в его конкретной и опытной постановке требует прежде всего серьезной и глубокой гностической работы. До тех пор, пока мы философским, духовным, нравственным и религиозным опытом не познали, что такое истинно святое и ценное, и что

---

1) И. А. Ильин, Основные задачи правоведения в России, «Русская Мысль», кн. VIII—XII, 1922, стр. 181.

2) Ср. выше, гл. IV.

в порядке ценного является низшим и высшим, — до тех пор мы не сможем решить вопрос о правильном и справедливом праве. За этой первоначальной гностической задачей идет, в порядке ступеней правового опыта, задача критическая. В основе всякой исторической системы права далеко не всегда лежал подлинный гнозис. Историческое право родилось в смутном историческом потоке событий, в борьбе искаженных, злых и нечистых интересов. Представляется в высшей степени плодотворной задачей опознать, выразуметь и определить те фактические ценности, которые лежали и лежат в основе положительного, исторического, действовавшего и действующего права. Я думаю, что велико будет удивление, а может быть и ужас, когда во всей исторической наготе предстанет перед человеком все то, чему в конце концов служит созданное им историческое право. С очевидностью откроется, что лежащие в основе его ценностные предпосылки не только не соответствуют идее ценностного порядка и ценностной иерархии, но и в значительной степени совпадают с отрицательными ценностями, покрывают собою прямое зло. Полезно провести эту критику не только по отношению к существующим институтам, но и по отношению к тем общественным идеалам, осуществлением которых люди мечтают заменить исторические несовершенства общества. Очень часто бывает, что идеалы эти по ценностным их предпосылкам еще хуже, чем историческая действительность. Здесь лежит об'яснение, почему иногда человечество ужасается тому, что оно создало в результате своих многолетних мечтаний и суровой борьбы. Идеалы кажутся тогда каким-то навождением, злым сном. Наконец, за этими двумя задачами следует последняя, тактическая. Человеческое

общество живет в условии исторической необходимости, а потому оно не способно единым актом воплощать опознанное в действительности. Мало опознать истину и заблуждения, нужно еще уметь освободить людей от заблуждений и научить их истине. Нужно уметь духовный опыт познания сделать соборным опытом, считаясь с историческими условиями, построить на нем систему учреждений, которые отражали бы в себе истинно святое и ценное. Познание путей подобного воплощения ценностей или одухотворения правовой жизни и есть задача правовой тактики или правовой политики, т. е. искусства реализации ценностей. Выполнение всех этих трех означенных путей и является вторым существенным шагом опыта усовершенствования права. Достигнутый в результате такого опыта правопорядок будет правопорядком справедливым. Справедливость, как основная правовая ценность, найдет в нем свое истинное воплощение. И потому в нем истинно обоснованными окажутся «права» и «обязанности» его членов. Основные определения права найдут в нем уже не номинальное и только фиктивное применение, но будут истинными определениями тех отношений, которые в нем создадутся и устроятся [1]).

Достижение такого справедливого правопорядка является-ли безконечной задачей, или же оно реально возможно на известных стадиях исторического процесса? Я думаю, что оно всегда возможно и в то же время целиком для нас никогда не достижимо, — и в этом проявляется его истинная бесконечность. Менее всего правильно истолковы-

---

[1]) Ср. выше, гл. V.

вать требование подобного справедливого права, как какое-то бесконечное, никогда не достижимое стремление. Напротив, идеал справедливого права всегда должен считаться нами, как достижимый. Справедливый правопорядок есть единственно возможное, нормальное и здоровое состояние права. Всякий правовой организм нормально должен быть справедливым, и в нем должен, следовательно, присутствовать правовой идеал. Обусловливающее его здоровое правосознание и лежащее в его основе правильное сознание ценностей не суть какие-то запредельные свойства, о которых можно только мечтать. Духовная жизнь, как условие здорового права, есть не потусторонняя человечеству задача, но, в сущности, единственно правильный способ его существования. Но в то же время возвышение до полной духовности, конечно, есть «чудо преображения», невозможное в пределах обычных условий природного бытия. И если только при ее полном достижении возможно состояние совершеннейшего правосознания и совершеннейшего правового общения, то правовой идеал в этом конечном смысле для людей также неосуществим, как невозможна полная святость. В этом смысле правовой идеал не существует для эмпирического мира, запределен ему.

Что же касается до положительного права, то его более или менее совершенный характер зависит прежде всего от совершенного состояния правовой структуры. Если совершенен правовой суб'ект, если он правильно переживает и осуществляет правовой опыт и воплощает его результаты, положительная система права по содержанию своему не может быть не совершенной; формально же, — в смысле правовой техники, — в особенности же, в смысле техники

писанного права, — положительному праву остается помнить старую формулу схоластики:

«Est autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta».

„ПЛАМЯ“ ИЗДАТЕЛЬСТВО ПОД ОБЩИМ РУКОВОДСТВОМ ПРОФ. Е. А. ЛЯЦКОГО

Федоров, А. М.: Антология современной болгарской поэзии.
Гульельмо Ферреро: Трагедия мира. Авторизованный перевод с итальянского.
Форслунд, К.: Зунзунг и Зинзила (пер. со шведского).
Лафкадио Хёрн: Японские новеллы (пер. с английского).
Шмелев, И. С.: Рассказы.

Серия «ЕСТЕСТВОЗНАНИЕ И ТЕХНИКА»

Вып. I. **Новиков, М. М.,** проф., и **Шкафф, Б. А.,** пр.-доц.: Невидимые друзья и враги животного организма.
Вып. II. **Лепешкин, В. В.,** проф.: Организм с точки зрения физики и химии.

ИЗДАНИЯ

„Пламя - Ватага“

Вышли и поступили в продажу:

«На чужой стороне» — сборник, книга II, под ред. С. П. Мельгунова, при ближайшем участии проф. Е. А. Ляцкого и В. А. Мякотина.
Мельгунов, П.: Первые уроки истории: Древний Восток.
Лопатин, Л. М.: Лекции по истории новой философии.
Мякотин, В. А.: А. С. Пушкин и декабристы.

Печатаются и готовятся к печати:

Каррик, В.: Сказки. — **Мельгунов-Петрушевский:** Рассказы из русской истории. — **Лункевич, В. В.:** Микроскопический мир. — **Лункевич, В. В.:** Чудеса живой природы. — **Лункевич, В. В.:** Как идет жизнь в человеческом теле. — **Ельчанинов:** Учебник природоведения. — **Ельчанинов:** Простейшие опыты. — **Ельчанинов:** Физиология растений.

Замеченные опечатки:

	Напечатано:	Следует читать:
Стр. 2 5 строка сверху	Каждая положительная система права является единичным, не повторяющимся историческим фактом, имеет целью изучить этот факт	Каждая положительная система права является единичным, не повторяющимся историческим фактом. Юридическая догматика имеет целью изучить этот факт
Стр. 34 прим.	на 6 строчке сверху	Следует отнести на 9 строчку сверху
Стр. 72 прим.	на 16 строчке сверху	Следует отнести на первую строчку сверху
Стр. 82 прим. 2	H. Kelsen, Das Problem, S. 89.	H. Kelsen, Das Problem der Souveränität, 1920, S. 89.
Стр. 117 прим. 3	„сущность необходимости перехода от падения к возвышению: «в сущности есть аффект»	«необходимость перехода от падения к возвышению: «в стихийности есть аффект» . . .
Стр. 171 12 строка сверху	«господства закона и причинности»	«господства закона причинности».

Того-же автора:

1. **Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ.** Москва, 1911.
2. **Введеніе въ изученіе права.** Москва, 1917.
3. **Общее ученіе о правѣ.** Симферополь, 1919.
4. **Очерки по общей теоріи государства.** Москва, 1920.

Готовятся къ печати:

1. **Наука о государствѣ.** Опытъ систематическаго изложенія основныхъ вопросов государствовѣдѣнія.
2. **Нравственныя воззрѣнія русскаго народа.**
3. **Въ годы скитаній и бѣдствій.** Мысли и впечатлѣнія.

ПЛАМЯ

Центральные склады:
Praha: II Ječna, 32; тел.: 96-14. — **Berlin:** Kantstr. 24 — Rodina.

